

SELECTARVM IVRIS INTERPRETATIONVM; CONCILIATIONVM; AC VARIARVM RESOLVTIONVM

Tomus Primus.

AD COSMVM II. MAGNVM HETRVRIAE DVCEM IV.

AVCTORE BENEDICTO PINELLO V. I. D. LVSITANO,
& ordinario I. C. & simul extraordinario feudorum
interprete in almo gymnasio Pisano.

Cum triplici Indice. Primo, argumentorum, & quę sub illis comprehenduntur. Secundo textuum, qui passim explicantur. Tertio, notabilium, quæ in his duobs libris continentur.

CVM PRIVILEGIO.



VENETIIS, M. DC. XIII.
Ex Typographia Dominici Imberti.



COSMO II.

MAGNO HETRVRIÆ
DVCI IV.

PIO FELICI. SEMPER AVGVSTO.



BENEDICTVS PINELLVS I.C. LVSITANVS
perpetuam felicitatem precatur.



ETVS est querimonia, Princeps Serenissime, de multitudine librorum, & scripturientium cacoethe, quòd varijs commentationibus, velut procellosis fluctibus ciuilem quietem conturbarint. Et profecto non ibit inficias, qui sedula cura euoluerit multorum Volumina, qui non ad id nati, neq; apti, sed sola scribendi inani gloria, aut humili lucro ducti aequiori animo ferunt propriae sententiae repulsam, quam pacate intra domesticos lares sine nomine vitam transigere. Eoq; iam miseriarum itum est, vt quasi abysso abyssum inuocante, ipsa copia editorum voluminum, indigeat multitudine edendorum, ac exposcat. Cur enim, si quis in publicam perniciem opiniones suas vulgauerit, vindex non occurret? Quapropter mihi hac tempestate illud ex medicorum consilio salubre remedium videtur, vt relictis vitiosis riuis, immensis videlicet quaestionum cumulis (quibus euertendis Nestoris vita cum ipsa I. Consultorum legali doctrina coniuncta par non esset) ad fontanum malum recur-

a 2 ratur,

ratur, id est, circa interpretationem legum vires insistant, morenturq́; vt repurgato fonte, lucido, ac sano effecto aqua profluat in quaestionum, ac consiliorum riuulos salutifera. Quo consilio vsus ab ineunte aetate (qua animum ad scribendum appuli) semper eam rationem scribendi vtiliorem ratus sum, quae rem ad incudem, hoc est, ad ipsos legales contextus redigeret, vt inde hausta veritate, quid docendum, consulendum, aut iudicandum foret, velut face praeeunte claresceret: & inter alia ad hunc scopum collimat praesens opus inscriptum de interpretatione, ac conciliatione variarum legum, quae aut ignotae sunt, aut sinistre expositae. Quod Celsitudini tuae Serenissimae dicaui; cum sub felicissimo statu, in quo omnia vitia repurgantur, tuum principatum comitantibus virtute, fortuna, pace; ciuilium quoque iurium concordia, & virtus niteat: tum vel maximè iure soli debitum; nam quem à Lusitania translatum excepisti, in proprio solo plantasti, ac sub propria vmbra fouisti, fauistiq́; eiusdem primos fructus, vt verus dominus naturali ratione tuos fecisti, & reliquos (quos indies efferam iuuante numine diuino) in posterum facies. Spero namq; vt quos patruo meo Ario Pinello Hispania detulit honores, eosdem Italia mihi tua benignitate motrice indulgeat: cuius vitam Deus Opt. Max. simul, & prolem nobis diu felicem seruet, & incolumem.   *Pisis Idib. Iulij. Anno 1613.*



LECTORI SALVTEM.

TRia sunt (Lector candide) in Repub. munera circa iuris exercitium: quorum duo versantur in eius explicatione; tertium in executione; quod vltimum in iudicando cernitur. Reliquorum primum consistit in iuris enodatione abstracta à commodo priuato, quale est in professoribus, qui in vtilitatem publicam leges commentantur. Secundum, quòd pariter in expositione iuris consistit, ordinatur ad compendium priuatorum, vt est in aduocatis, & causarum patronis. Omisso iudicandi munere; cętera duo non solum fine sunt diuersa; quippe alterum in publicum, alterum in priuatum proximè tendit; sed & medio: nam aduocatus ita clientulo suo auxiliatur, vt nondum proferat, quæ verè iuuant, sed & quæ iudicem quomodolibet in suam sententiam pellicere, aut trahere possunt: itidem & circa iuris expositionem analytice procedit, & cum duntaxat intendat clientulo prodesse, mens ita manet alligata, vt non tam quid aliàs tenendum curet quoad veros sensus legum; quam quod prosit, pro viribus nitatur suadere: è contra legum professor totus, & solus est in excutienda legali veritate, non mercalem, & affectatam operam, sed veram philosophiam sectatur; iura enucleat, & iustis terminis, quos supponit, aptat. Fontem ergo aperit, à quo bibit aduocatus, qui postea alit clientulos, & iudicibus inseruit. Munus itaq; professoris est, leges ventilare, & granum à lolio, & vitio seligere, vt his contemptis, illud amplexemur. Patronus causarum ex officio non discutit, sed supponit; & si quando fimbrias dilatat, suos limites excedit non tamen cum dedecore. Quod cum mihi professori Academico ante oculos obuersaretur, proposui cum in hoc, tum etiam in futuris operibus, quæ in dies proferam altiora, legum veros sensus rimari, & triturando exscire. Vnde non abs re esse videbitur, & vltra munus nostrum, si obices etiam, qui ex multorum multoties præpostero sensu occurrunt, cum aliqua temporis, & chartarum expensa diluamus, non aliter enim finem tutè consequimur, nisi medium iter securum præparemus: tunc namq; maximè aduocatis proficimus, & iudicibus. Et inde est, vt sub themate proposito non solum illius sensus, vel resolutio incomitata proponatur, verum etiam rem à principijs

altius repetendo apte inferatur ad multorum affinium iurium cognitionem. Ne autem videretur labor noster nuda speculatione lætari; enixus sum, vt quidquid boni (vt opinor) succi extractum est, ad casus forenses deriuetur, vt ita vtile dulci misceatur.

Hæc de fine à nobis prætenso: opus vides varium, in quo sicut legentibus multiplex ac iucunda varietas; ita scribentibus obuij occurrunt scopuli, quos si te iudice feliciter præteruehi nobis contigerit, non modo gloriam editi operis, sed & animum reportabimus meliora edendi. Ne modum, precor, nostræ quantulæcunque industriæ statuas pro appetitu: ne ve nobilitas ingenium tuum, si illi palàm detrahas, qui tibi clam placet. Et si aliquod dissonum, vel minus defœcatum obrepserit (obrepent autem plurima) cum sis bonus, boni consule: sin taxare malueris, fac ne correctio tua inuidorum more priuatim deliteat, sed ad nos in tuis Commentarijs permeet, vt prosit.

Non ignoro grauissimos patres, & maiores nostros tradidisse, reprehensiones vitare non posse, nisi qui omnino nihil scribit: fateor equidem suggillationibus exponi, qui scribit: immunem tamen reprehensione non iudicarem, qui omnino nihil scribit, si tota illius vita studio, & lucubrationibus incumbens, ingenio, aut iudicio non destituta, artem ita versauerit, vt publico bono bonus esse potuerit. At non mihi tantum arrogo, vt sub hac non scribentium reprehensione collocarem; tametsi vita hucusque acta continuo fuerit, & indefesso studio intenta, neç aliquale ingenium, aut iudicium defuerit. Sed illud maximè impulit, quod probo viro aliquid relinquendum est, quo vixisse testetur, quodque suum esse non desinat, cum esse cœperit. Bene Vale.

INDEX ARGVMENTORVM,

& quæ ſub illis continentur.

Libri Primi.

Index Argumentorum.

Libri Secundi.

Finis Index Argumentorum.

INDEX TEXTVVM,

qui in hoc primo Tomo nouè explicantur.

Ex ff. Veteri.

l. si ven-

Ex Infortiato.

l.si quis

l. 1.

Ex ff. Nouo.

Textuum .

Ex Instit.

§.non

Ex Codice.

Ex Authenticis.

Auth.

Textuum.

Ex iure Canonico.

Ex ordinationibus Luſitaniæ.

Finis Indicis Textuum.



COPIA:

GLi Eccellentiss. Signori Capi dell'Eccelso Conseglio di X. hauuta fede dalli Signori Reformatori del Studio di Padoua per relatione à loro fatta dalli due à questo deputati, cioè, del Reuerendo Padre Inquisitor, & dal circonsp. & fedelissimo Secretario del Senato Gioan Marauеglia, con giuramento, che nel libro intitolato Selectarum iuris interpretationum conciliationum Antonomicarum, ac variarum resolutionum auctore Benedicto Pinello, non si troua cosa contra le leggi, & è degno di stampa, concedono licentia, che possa esser stampato in questa Città.

Dat. die 12. *Nouemb.* 1612.

D. Andrea Minotto
D. Gio. Giacomo Gradenigo } *Capi dell'Eccelso Cons. di Dieci.*
D. Piero Moresini

Illustriss. Consilij Decem Secret.
Bartholomeus Cominus.

1612. *adì* 15. *Nouembre.*
Registrato in libro à carte 117. *tergo.*

Io: Baptista Breatto. Off.
Contra Blasph.

SELECTARVM IVRIS INTERPRETATIONVM; CONCILIATIONVM; AC VARIARVM RESOLVTIONVM.

Liber Primus.

AVCTORE BENEDICTO PINELLO. I. C.
Lusitano, & ordinario I.C. & simul extraordinario feudorum interprete, in Pisano almo Gymnasio.



S V M M A R I V M.

Late agitur de intellectu, & materia l. filiusfam. 114. §. vt quis heredem. ff. de legatis 1. à nu. 1. per totum, cap.

Verba, secundum vulgarem formam iuris *debent subnecti in fine nostri §. vt quis hæredem. nu. 1.*

De intellectu nostri §. vt quis. late agit, sed longe à veritate, Eman. à Costa Lusitanus I. C. nu. 2.

Fideicommissum, quo quis rogatur, aliquem sibi hæredem facere, olim inutile nu. 3. agitur de ratione inutilitatis. nu. 4.

Nouè reiecta sententia eorum, qui putant præd. fideicommissum improbari ex sententia eius Senatus, qui captatorias scripturas irritas statuit. nu. 5.

Captatoria omnino debet concipi sub vera conditione. nu. 6.

Captatoria omnis scriptura semper fuit inutilis; nec constat aliquo iure conualuisse. nu. 7.

Captatoria vitium in quo consistat. nu. 8.

Ratio ob quam Senatus interpretatus est fideicommissum, vt honoratus sibi hæredem faciat, *ad effectum, vt sustineatur. nu. 9.*

Quid induxerit Senatus ad validitatem præd. fideicommissi. nu. 10.

Senatus, de quo supra, processit interpretando voluntatem testantium. nu. 11.

Faciendi sibi hæredem fideicommissum vi ipsa complectebatur vniuersa bona, tam testatoris, quam hæredis rogati. ibidem.

Interpretatio præd.. Senatus etiam habet locum, quãdo quis rogatur, ne testamentũ faciat. n. 12.

Nouè explicata l. qui filiũ 74. ff. ad S. c. Trebell. ibid.

Onus, & honor debent parificari. nu. 13.

Agitur de interpretatione nostri §. vt quis hæredem, vers. quid ergo. nu. 14.

Noster vers. quid ergo, procedit de iure ordinario citra præfatam Senatus interpretationem. nu. 15. & nu. 37. vers. vlt.

Quæ dicatur vulgaris forma iuris, *de qua in vltimis verbis nostri tex. nu. 16.*

Nouè explicatur l. ex facto. 17. vers. Iulianus quoque. ff. ad S. c. Tribell. nu. 17.

Dictio copulatiua in legibus, aliquando coniungit tantum in modo & paritate decisionis, non verò in modo decidendi. nu. 18.

Quæ requirantur, vt habeat locum interpretatio Senatus, de qua in d. l. ex facto. in princip. nu. 19.

Interpretatio Senatus etiam procedit, quando quis rogatur, vt faciat sibi hæredem in certa parte hæreditatis, contra subtiliss. Costam. nu. 20.

Satisfit fundamentis, quibus Costa mouebatur ad distinguendum inter grauamen iniunctum de faciendo sibi hærede in parte, vel in tota hæreditate. nu. 21.

Nouè, ac late agitur de intellectu. l. Imperator. 70. §. cum quidam. ff. de legatis 2. nu. 22.

Interpretatio Senatus quomodo processit ad validitatem fideicommissi aliàs inutilis. nu. 23.

Qui rogat hæredem, vt aliquem filijs suis cohæredem faciat, rogat omnino de bonis ipsius hæredis. num. 24.

Dictus §. cum, quidam etiam potest procedere in gra-

pamine totius hæreditatis, si constet de mente testatoris: secus si non aperte constet. nu. 25.

Noster vers. quid ergo. ampliatur, vt procedat etiam in tota hæreditate hæredis restituenda. nu. 26.

Nouè, ac latissime agitur de intellectu l. cohæredi. §. cum filiæ. vers. quod si hæredem. ff. de vulgari. nu. 27. & nu. 32.

Verbum. placuit, *regulariter refertur ad placitum, & communem consensum I. consultorum. nu. 28.*

Pater potest rogare legitimos hæredes filij impuberis ad restitutionem hæreditatis pupillaris: sicut ad substitutum pupillarem. nu. 29. & quomodo id intelligendum sit. nu. 30.

Maxime differt onus impositum pupillo post mortẽ, vel impositum eius hæredibus. nu. 31.

Quomodo à l. si fuerit. 5. vers. vlt. ff. de legatis 3. potest deduci argumentum à fortiori ab onere imposito hæredi, hæredis ad personam primi hæredis. nu. 33.

Cur fideicommissum, de quo in d. §. cum filiæ. uers. quod si hæredem. non impletur ex facultatibus hæredis pupilli secundum concurrentem quantitatẽ paternarum, quas acquirit. nu. 34.

An aliquando in terminis d. vers. quod si hæredem. possit fideicommissum impleri ex bonis pupilli. num. 35.

Indagatur ratio differentiæ, cur non ita constet de mente testatoris in d. uers. quod si hæredem. ad sustinendum fideicommissum paternum ex bonis pupilli: sicut in nostro uers. quid ergo. n. 36.

Quæ fuerit intentio testantium, dum rogant hæredes, ut aliquem hæredem sibi faciant. nu. 37.

Non insubtiliter indagatur Marciani I. c. mens in nostro uers. quid ergo. dum Scæuolæ, & Frontonis auctoritate utitur. nu. 38.

Perquiritur intentio eiusdem Marciani, dum nostro §. ut quis hæredem. subiunxit vers. quid ergo. cuius decisio ab illo non pendebat. nu. 39.

Epilogo percurruntur casus, in quibus habeat locum, cesset ue interpretatio Senatus, de qua loquitur d. l. ex facto, ff. ad S. c. Trebell. nu. 40.

Quid dicendum, quando quis rogatur, ut faciat hæredem in bonis tantum rogantis. nu. 41.

Disputatur, utr. quis à milite rogari possit, ut sibi faciat hæredem? nu. 42.

Miles de iure gentium testatur ibidem.

Quare captatoria non ualeat in testamento militis: cum aliàs libere testetur. nu. 43.

Miles potest substituere directo alcui extraneo. num. 44. de ratione uide. nu. 45.

Explicatur obiter ord. Lusitana lib. 4. tit. 87. §. 4. ibid.

Miles non potest rogare hæredem suum, vt simpliciter faciat sibi hæredem in bonis proprijs. nu. 46.

Rogatus à milite, vt faciat aliquem sibi hæredem, cogi ad id potest. nu. 47.

Quid dicendum, si rogatus decedat, antequam faciat sibi hæredem. nu. 48.

Miles potest rogare hæredem, ut faciat sibi hæredem in bonis proprijs, quatenus patitur hæreditas militis. nu. 49.

CAPVT PRIMVM.

Ad Marcianum I. C. in l. filiusfam. 114. §. vt quis hæredem, vers. quid ergo. ff. de legatis 1.



TA scribit Marcianus. *Vt quis hæredem instituat aliquem rogari non potest. Plane Senatus censuit, per inde habendum, atque si rogasset, hæreditatem restitui. Quid ergo, si hæres post mortem suam rogatus fuerit, hæreditatis suæ partem quartam restituere? Verius esse existimo (quod & Scæuola notat, & Papirius Fronto scribit) ualere fideicommissum, atque si de hæreditate sua restituenda rogatus esset. & eatenus restituenda est, quatenus hæreditas testatoris ptiatur, secundum uulgarem formam*
1 *iuris.* Hæc vltima verba † continuatiue hic legenda esse, eleganter aduertit Ant. Augustinus, lib. 1. emendat. cap. 8.

De huius tex. intellectu late scribit subti-
2 lissimus Eman. a Costa † Lusitaniæ decus, & in legali doctrina ornamentum longe maximum. in cap. si pater. de testam. lib. 6. in 3. parte. verb. interdum. à nu. 100. cum seqq. quem I. consultissimi Mareiani mentem non attigisse puto. Quod vt ostendam, in primis pro veritate eruenda, I. consulti verum sensum indagabo; consequenter enim corruent ceteræ interpretationes.

3 Pro vero igitur intellectu præsciẽdum est, olim inutile fuisse grauamen, vel fideicommissum, quo hæres scriptus aliquem certum sibi hæredem instituere rogabatur: huiuseemodi enim onus S. consulto improbatum erat, vt inquit Vlp. in l. ex facto. 17. in princip. ff. ad S. c. Trebel. ibi. *& Senatus cẽsuit, rogari quidẽ quem, vt aliquem hæredem faciat, non posse. &c.* & Marcianus, in nostro §. vt quis hæredem. cuius ver-
4 ba retulimus. Rationem † autem reddunt vtrobiq; Gloss. & Doctores, quia scilicet testantium debet esse liberrima voluntas. iuxta elegantia verba Imp. in l. 1. C. de Sacros. eccl. vnde si ad libitum alterius, quam testatoris, institutio hæredis fieret; sequeretur ex alieno posse pendere arbitrio, quod satis constanter veteres negauere, vt tradit I. c. Caius, in l. illa institutio. 32. ff. de hæred. instit. Nec ex contractu,

tractu, vel quasi, potest supremi iudicij libertas infringi. tex. in l. cum duobus. §. idem respõdit. ff. pro socio. in specie notat Bart. in nostro §. vt quis hæredem. num. 2. & vltra alios doctiss. M. Ant. Peregr. in tract. de fideicommiss. art. 33. nu. 50.

5 Ex quibus obiter colligitur decipi eos, qui prædictum onus improbatum esse putant ex sententia eius S. consulti, quod inutiles pronũciauit captatorias scripturas. iuxta tex. in l. illę autẽ institutiones. 71. vers. sed illud. ff. de hæred. instit. vbi similis fere forma ponitur.

Quorum opinio aperte conuincitur, nam depositio de qua hic, omnino differt à captatoria. Primò, quia captatoria tam ex verbis, quã
6 ex sententia S. consulti necessario inducit † cõditionẽ; videlicet, si, vel ex qua parte, me, vel Sempronium institueris, te instituo. d. l. illæ autem institutiones. Peregr. d. tract. de fideicõmiss. art. 33. nu. 60. (licet quoad personam tertij non bene exemplificet). Atq; ita antequam bona mea, vel hæreditas mea ad te perueniãt, debes me, vel Semproniũ instituere: secundũ naturam conditionis, quæ prius debet impleri, quã emolumentũ acquiratur. l. ei qui. 13. ff. de cõd. instit. l. multũ interest. ff. de cõd. & demonstr. cũ alijs. notat Bart. in l. quibus diebus. §. Termilius. ff. de cõd. & dem. eleganter Franciscus Sarmiento, lib. 2. select. cap. 4. nu. 6. vbi idem comprobat, etsi dispositio modaliter cõcipiatur: dummodo ex mente defuncti debeat impleri, antequam eius hæreditas ad grauatum deferatur; quia tũc resoluitur in conditionalem. At dispositio, de qua in præsenti, est verè modalis; & ita supponit, prius bona defuncti ad hæredem peruentura, quam ipse teneatur alium instituere. idque patet ex nostro tex. & in d. l. ex facto. vbi quæstio est, an supposito, quod quis est hæres scriptus cum effectu, valeat grauamen iniunctum, vt quendam sibi hæredem faciat: vnde apparet, diuersam esse dispositionem à captatoria, quæ ex sententia Senatus improbatur.

7 Deinde ipsa institutio prima, per quã quis hæredem scribebat sub conditione, si Sempronium instituisset, tanquam captatoria erat omnino inutilis. d. l. illę aũt institutiones. vers. vlt. ff. de hæred. instit. l. 1. ad fin. ff. de his, quæ pro non script. nec constat aliquo iure interpretãte conualuisse. At in præsenti, prima dispositio est valida simpliciter; solumque qualitas oneris improbatur; & ob id ex interpretatione aptatur. d. l. ex facto.

8 Tandem in captatoria (casu quo sustineretur) poterat euenire, vt qui propter talem institutionem, quendam sibi hæredem instituebat, prius decederet: atque ita sine eo, quod bona captantis ad eum peruenirent, bona captati ad illum tertium perueniebant; in quo consistit vitium captatorię. Nam captator vbi primum consequebatur intentum, ilico rescindebat institutionem; & ob id captatoria dicitur, quasi deceptoria, vt plures referendo tradit Dec. in l. captatorias. nu. 10. C. de testam. milit. Paris. cons. 38. nu. 44. lib. 3. At in nostris terminis non antè agitur de tertio instituẽdo ex voluntate rogantis, quin prius eiusdem bona ad hæredem rogatum peruenissent. ergo &c.

9 Cõstat igitur fideicõmissum, de quo supra, improbari ex ratione d. l. 1. C. de sacros. eccl. iuncto decreto veterum. d. l. illa institutio. Ceterum suadente regula. d. in testamentis. ff. de regulis iuris. putauit Senatus d. fideicõmissũ interpretatione iuuandum; ita vt videretur testator per hoc rogasse hæredem, vt hæreditatẽ suam alicui nominato restituat, id est, quidquid ex hæreditate sua consecutus est. vt inquit Vlp. in d. l. ex facto.

10 In quo duo egit S. consultum. Primum, vt illa verba, *vt quis hæredem faciat*, vertantur in obliqua, quasi rogatus hæreditatem restituere. Secundum, vt vltra quam quod prædicta dispositio directa vertatur in fideicommissã; insuper Senatus separauit hæreditates testatoris, & hæredis, interpretatus tale fideicommissum intelligi de hæreditate testatoris rogantis, seu fideicommittentis, vt ostendit I. c. in d. l. ex facto. ibi: *quicquid ex hæreditate sua.* vbi notauit gloss. verb. suo. & in nostro §. vt quis hæredem. agnoscit etiam Costa. & quos ipse refert vbi supra. nu. 100. & est vbique vulgare, & receptum.

11 Addiderim Senatum in prædicta interpretatione ductum fuisse ex præsumpta mente testatoris, vt colligitur ex d. l. ex facto, ibi: *Verum uideri per hoc rogaße, ut hæreditatem suam ei restituat, id est quicquid ex hæreditate sua consecutus est, ut ei restitueret.* &c. ac propterea restrinxit onus restitutionis intra substantiam rogantis. quia cum grauamen in dubio videretur iniunctum vniuersis bonis, etiam hæredis propter vim verborum, *ut faciat hæredem*, vt subtiliter innuit Cuman. in d. l. ex facto. n. 3. putauit Senatus (ne offenderetur iuris regula, quæ dictat, neminem in plus grauari, quam honoretur) intelligendum fore de bonis rogantis.

12 Deinde aduerte, hanc Senatus interpretationem etiam locum sortiri, quando quis rogat hæredem, ne testamentum faciat; quasi certo modo rogare videatur, vt faciat hæredem. Nam qui sciens & prudens ab intestato decedit, sine dubio legitimos hæredes vocare censetur, quasi scriptos. vt elegãter docet I. c. in l. conficiuntur. 8. ff. de iure codicil. Vnde et ab intestato hanc Senatus interpretationem vigere, pronunciauit Imp. in l. qui filium. 74.

ff. ad S. c. Trebell. vt patet ibi. *quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petisset, ut fratrem suum hæredem faceret: sic enim accipiendam eam scripturam, at si hæreditatem suam rogasset eam restituere*. & ita ex hoc tex. aliud agens notauit Costa. in cap. si pater. 3. parte. verb. interdum. nu. 104. vers. & habet. de testam. in 6. Vnde quæ circa interpretationem d. l. ex facto. dicenda sunt, censeantur repetita in specie d. l. qui filium.

13 Denique aduerte, vulgarem esse iuris regulam, qua quis tenetur ad implementum oneris, secundum latitudinem honoris. l. ab eo. C. de fideicom. & præcipue hæredem, propter fictam identitatem personarum. l. unum ex familia. 67. §. si rem. ff. de legatis 2. iuncta Auth. de iureiurãdo a mor. ñ princip. collatione 5. & innuit I. c. in nostro §. vt quis heredem. ibi: *secundum uulgarem formam iuris*. Gomez. 1. tomo. cap. 12. nu. 14. Couar. in cap. filius noster. nu. 3. de testam. Peregr. de fideicom. art. 4. nu. 48. & art. 33. nu. 5.

14 Quibus præhabitis, iam infertur verus intellectus ad nostrum §. vt quis hæredem. vers. quid ergo. vbi supposita interpretatione S. c. de qua in princip. eiusdem §. quærit I. c. an in eandem interpretationem incidat casus, quem proponit in d. vers. quid ergo. scilicet, quid dicendum sit, quando hæres non grauatur, vt hæredem faciat, sed vt hæreditatis suæ, id est, ipsius hæredis partem restituat? Ratio dubitãdi, quam I. c. insinuare videtur, deducitur ex initio nostri §. vt quis hæredem. dum meminit S. c. quo grauamen, vt quis faciat hæredẽ, vertitur in fideicommissum de restituenda hæreditate rogantis; quasi ita argumentetur iuris prudens. Cum præfatum S. consultum duo effecerit, scilicet versionem dispositionis in obliquam, & quod obliqua impleretur ex hæreditate rogantis; quãuis in proposito casu quoad primum effectum nõ haberet locum S. c. quia nimirum testator non rogauerat hæredem, vt alium hæredem faceret; sed potius ab initio simplex fideicommissum iniunxerat, vt patet ex d. vers. quid ergo. ibi. *rogatus fuerit hæreditatis suæ partem quartam restituere*. &c. nihilominus videbatur inducendum fore S. c. quoad secundum effectum, videlicet, quoad restringendum grauamen ad hæreditatem rogantis, vt quarta portio hæreditatis, quam hæres rogatur restituere, non ex hæreditate hæredis censeretur soluenda, sed ex hæreditate rogantis, quasi adhuc operaretur S. c. iuxta d. l. ex facto. & ita securè opinatur Costa. d. verb. interdũ. nu. 100. vers. mihi videtur. quando hæres rogatur de vniuersa sua hæreditate restituenda, quasi intelligatur de hæreditate testatoris.

Verum quamuis hæc esset dubitandi ratio, ob quã Marcianus hic apposuit præfatã quæstionem; contrarium nihilominus decidit, putat enim in hanc speciem non esse necessario extendendam S. c. interpretationem, ad effectum, vt hæres rogatus non suæ, sed testatoris hæreditatis quartam partem restitueret. Quin immo ostendit id procedere secundum vulgarem iuris regulam, quæ dictat, hæredem, vel quẽuis honoratum posse grauari ad modum collati honoris in rebus, et hęreditate propria. vt latissime comprobat Peregr. de fideicom. art. 33. nu. 47.

15 Et quod hæc fuerit Marciani mens, tripliciter comprobo ex eodẽ nostro tex. Primo, ibi *uerius esse existimo ualere fideicommissum*. nam in principio dixerat I. c. fideicommissum, vt quis faciat hæredem, attenta iuris seueritate non valere, nisi Senatus mentem fideicommittentis interpretatione iuuasset. At in vers. quid ergo. simpliciter inquit, fideicommissum, de quo ibidem, semper valuisse. ergo &c. Nec in hoc adduceret Scæuolæ, & Papirij Frontonis authoritatem, si vulgaris Senatus interpretatio inducenda foret.

Deinde probatur ex illis verbis, ibi. *et eatenus restituenda est, quatenus hæreditas testatoris patitur*. secundũ quæ constat aperte onus implendum fore non ex testatoris, sed ex hęredis potius hæreditate: alioquin non asseret hæreditatem esse restituẽdam eatenus, quatenus patitur testatoris hæreditas; sed potius hæreditatem testatoris, seu ipsius aliquotam partem esse restituendam; cum eadem sit ratio de parte, quæ de tota hæreditate, secundum regulã vulgarem l. quæ de tota. ff. de rei uendic. & l. qui scit. ff. de vsuris. cum alijs. & tamen Senatus fideicommissum totius hæreditatis interpretatur de hæreditate rogantis. ergo dum I. c. hic contrarium decidit in parte hæreditatis, manifeste docere videtur non esse inducendam Senatus interpretationem propter diuersitatem terminorum. Nec hoc fundamentum eneruat consideratio Eman. à Costa vbi supra nu. 103. vers. sic etiam. dum facit differentiam inter grauamen partis, vel totius hæreditatis, quasi in hoc procedat interpretatio Senatus; in illo verò, non ita. reijciendum etenim est hoc discrimen, vt inferius in prima illatione ostendetur.

16 Tandem cõfirmatur ex vltimis verbis, ibi. *secundum uulgarem formam iuris*. (hæc etenim verba nostro vers. quid ergo. subnecti debere iã supra in initio ex Ant. Augustino tetigimus: & Florentina editio suadet) quæ iuris forma statuit posse quem grauari ab eo, à quo honoratur. vt superius comprobauimus. Dum igitur I. c. decidit quæstionem nostri vers. quid ergo. secundum vulgarem iuris formam, manifestissi-

nifestissime repellit Senatus interpretationē.

17 Et secundum hanc explicationem ad nostrum vers. quid ergo. interpretor Vlp. in d. l. ex facto. vers. Iulianus quoque. ff. ad. S. c. Trebel. ibi. *Iulianus quoque lib. 40. Digestorum, fideicommissum tale valere ait, fidei tuæ committo, vt hæreditatem Titij restituas, cum esset is, qui rogatur, à Titio hæres institutus;* vt scilicet procedat, non secundum necessariam Senatus interpretationem, sed potius secundum vulgares regulas, quæ plenam disponendi facultatem testatoribus largiuntur, de ijs, quæ ad suos hæredes pertinent. l. vnum ex familia. §. si rem. ff. de legatis 2. Aliter enim si secundum S. consultum ille casus decidendus foret; vel assereret I. c. vires assumere tale fideicommissum ex Senatus interpretatione, sicut asseruit in vers. si quis caueret. infra. in eadem l. ex facto. vel diceret, hęredem rogatum non teneri ad hæreditatem Titij restituendam, sed ad hæreditatem ipsius rogantis, quorum neutrum dixit I. c. Immo iuxta supradicta ad nostrum vers. quid ergo. sentit fideicommissum valere in ipsa hæreditate Titij, non vero rogantis. quam expositionem amplius suadet l. cum pater. 77. §. Titio. ff. de legatis 2. vbi in fortioribus terminis idem fideicommissum iure ordinario valet.

Nec huic interpretationi aduersatur dictio *quoque*, in d. vers. Iulianus. quæ eundem casum videtur subiungere præcedenti, vbi de necessaria Senatus interpretatione verba fecerat Vlp. ergo ex eadem decidendus videbatur casus d. vers. Iulianus. propter vim copulatiuæ dictionis. Etenim satisfit, si aduertas, quæstionem d. vers. Iulianus quoque, non in eo cōiungi pręcedenti interpretationi Senatus, qui verba directa vertebat in obliqua, quasi idem ibi exigeretur; nam iā à principio onus erat oblique iniunctum, vt patet: sed potius coniungi in eo, quod sicut ex interpretatione Senatus prius fideicommissum valuit verso directo onere in obliquum; ita fideicommissum, de quo in d. vers. Iulianus quoque, valet, cum iam ex dispositione natiua (vt ita loquar) testatoris, grauamen oblique esset impositum; atque ita vterque casus coniungitur in modo decisionis, nō verò in modo decidendi; idque tantum euincit vis præfatæ dictionis copulatiuæ.

Ex quibus altius repetitis primò infertur, vt locum obtineat interpretatio Senatus, de qua in d. l. ex facto. requiri necessario, vt fideicommissum concipiatur sub illa forma; *vt quis aliū hæredem faciat.* vel. *vt aliy leget, fideicommissum relinquat, vel libertatem leget.* vt subiungit Vlp. in d. l. ex facto. §. si quis caueret. Nam in omnibus his specie bus sententia decreti veterum succedebat, de quo I. c. in l. Illa institutio. 32. ff. de hæred. instit. quatenus hęres non libere, vt requiritur iuxta l. 1. C. de sacros. eccel. sed necessitate causatiua de suis bonis, hęreditate ve disponebat; atque ita dispositio supremi iudicij potius ex arbitrio rogantis, quam hæredis rogati pendere videbatur. Ob idque hanc iuris seueritatem interpretatione temperauit Senatus, de quo Vlp. in d. l. ex facto. & Marcianus in nostro §. vt quis hæredem.

20 Supposito igitur, quod inutilitas prædicti fideicommissi nascebatur ex onere directe per hæredem implendo: & hæc improbata rogandi forma tam concipiatur, quando hæres rogatur, vt faciat sibi certum hæredem vniuersalem, quam cum grauatur, vt faciat hæredem in quota hæreditatis parte. vt satis euincit Vlp. in d. l. ex facto. §. si quis caueret. vbi grauamen circa particulares dispositiones versatur. Euincit etiam identitas rationis orta ex libertate supremi iudicij, quod simpliciter, ac libere tribui debet testatori. Sequitur, quod sicut vtrobique parilitas datur inualidationis, vtrobique etiam induci debet Senatus interpretatio, eo maxime, quia potest euenire, vt ille, qui propter dicti oneris implemētum in parte hæreditatis fit hæres, totam consequatur: videlicet, si cohæres non detur. iuxta l. ius nostrum. 7. ff. de regulis iuris: vel datus repudiet. l. vnica. §. his ita. vers. in his. C. de caduc. tollēd. vel alter non valeat cohæredis datio, vt in terminis l. iubemus. 29. vers. quod si non. C. de testam. & ita ille, qui in parte hæres scribi rogabatur, totum consequatur, contra dispositionem Senatus.

21 Hinc iam venit reijcienda differentia, quā tradit relatus Costa. in cap. si pater. 3. parte. verb. interdum. n. 103. vers. sic etiam. dum distinguit inter grauamen partis, & grauamen totius hæreditatis. mouetur subtilissimus Doctor per tex. in l. cohæredi. 41. §. cum filiæ. vers. quod si hæredem. ff. de vulg. & pupill. & in l. Imperator. 70. §. cum quidam. ff. de legatis 2. & tandem ex nostro §. vt quis hæredem. vers. quid ergo.

Verū non me turbāt allata iura: nam quod attinet ad nostrum §. vt quis hæredem. vers. quid ergo. iam supra contra Costæ sententiam enucleauimus. Dictus verò §. cum filiæ. vers. quod si hæredem. infra aptiori loco explicabitur.

22 Nec tandem pro Costa pugnat, tantum abest, quod expugnet d. §. cum quidam. vbi ita scribit Papinan. lib. 20. quæst. *Cum quidam filio suo ex parte herede instituto, patruum eius cohærem ei dedisset, & ab eo petijsset, vt filium suum pro virili portione filijs cohæredem faceret: si quidem minus esset in virili portione, quam fratris hęreditas habuit, nihil amplius peti posse: quod si plus, etiam fructuum, quos patruus percepit, vel*

eum percipere potuerit, dolo non cepit, habendam esse rationem, responsum est. Ex quibus videtur Papin. non dubitare de validitate fideicommissi, *vt quis faciat heredem in parte hæreditatis*. cum aliàs Vlp. in d. l. ex facto. in princip. & in §. si quis cauerit. & ratio qua ipse ducitur, de qua supra egimus, suadeat non valere, nisi suggerente Senatus interpretatione. vnde Costa, loco nuper citato. uers. non obstat. dicebat Vlp. loqui in grauamine totius hæreditatis in d. l. ex facto. At Papin. in d. §. cum quidam. in grauamine quotæ hæreditatis.

Cęterum cum ego contrarium defendam, tum propter d. l. ex facto. § si quis caueret. vt superius notauimus. tum etiam ob parita-
23 tem rationis vtrobique vigentis: ex iam supra dictis occurro, S. consultum, de quo in d. l. ex facto. & in nostro §. ut quis heredem. duo induxisse, utrumque præsumptiue. Primum tamen ex sola necessitate ciuili, cui conformari testatorem coniectatur Senatus, iuxta regulam l. si duo. & quæ ibi notant Doctores. ff. de acquir. hered. Secundum ex uerosimili tantum mente testatoris, quæ uersatur in executione facienda, an s. restitutio ex bonis hæredis, uel testatoris fieri debeat.

Quod attinet ad primum, cum secundum iuris regulas non potuisset quis grauari, ut sibi aliquem faceret heredem, iuxta supradicta, necesse fuit ad sustinendum aliqualiter appositum grauamen, ut Senatus illud uerteret in fideicommissum restituendæ hereditatis: & cum id effecisset compellente auctoritate iuris, semper & indistincte grauamen sub prædicta forma conceptum, ut quis sibi heredem faciat, siue in tota, siue in parte hereditatis, debet uerti in fideicommissum oblique implendum ad sui ualiditatem.

At secundum, licet quoad hoc ne hæres oneretur in plusquam honoratur, procedat etiam ex necessitate ciuili, & iuxta iuris regulas, de quibus supra egimus (in dubio enim grauamen de sibi faciendo heredem, uidebatur complecti bona tam heredis, quam testatoris, ut supra quoque notauimus): nihilominus tamen quoad restitutionem faciendam, an ex bonis testatoris, uel hæredis celebranda sit, pendet ex simplici uoluntate rogantis: unde si testator ita scripserit: *rogo, vel fidei tuæ committo, vt facias tibi hæredem omnino in hæreditate tua, vel in aliqua eiusdem parte*. in primis inducta interpretatione Senatus, per quam necessario tale fideicommissum directe impositum traducitur in obliquum implementum, aliàs non ualiturum, ut supra ostendimus. & insimul restricto grauamine ad concurrentem quantitatem secundum præfatam iuris regulam, tunc quoad executionem prædicti grauaminis, restitutio facienda est omnino ex hæreditate, & bonis heredis, non uero testatoris, cum in hoc non offendantur iuris regulæ, nec lędatur Senatus intentio, qui in dubio tantum ad bona defuncti in induiduo fideicommissum restrinxit.

24 Quibus præcognitis, iam apparet uerus intellectus prædicti §. cum quidam. nam testator ibidem uolebat, ut frater (quem filio suo cohæredem fecerat) eundem filium testatoris cohæredem faceret filijs suis pro uirili. In qua dispositione mens defuncti erat, vt & frater faceret heredem filium; & insuper in bonis proprijs: si quidem iungendus erat in successione pro uirili filijs rogati. constat autem rogati filios ad paterna bona admittendos, & in ijsdem cohæredem habituros fratrem patruelem. ergo &c.

Quod fideicommissum de faciendo sibi herede in bonis proprijs Senatus inprimis uertit in onus oblique implendum (ex necessitate ciuili, ut supra ostendimus): ut patet ex d. §. cum quidam: ibi. *nihil amplius peti posse*. &c. ex quibus uerbis liquet, onus fideicommissi directe implendi uersum esse in obliquum, supposita Senatus interpretatione, de qua principaliter non agebatur; idq; ex eo comprobo, quia si filius testatoris propter uim fideicommissi institueretur à patruo in aliqua ipsius hereditatis parte, diceret Pap. ab eo adiri posse hereditatem, non uerò peti: quia hæreditas iure directo data, non petitur, sed aditur, & statim dominium rerum hæreditariarum traducitur. l. cum heredes. ff. de acq. poss. at fideicommissum hæreditatis petitur (ut scilicet dominium transferatur, ut innuit Vlp. in l. mulier. 22. §. si heres. ff. ad S. c. Trebel.) non uerò aditur. ergo dum Papin. in d. §. cum quidam. inquit peti posse; supponit dispositionem ex interpretatione Senatus obliquatam.

Deinde, quia constabat iuxta supradicta testatorem uoluisse, ut ipsius filius succederet in aliqua parte hæreditatis grauati, facta fuit diuisio, & utrinque paritas bonorum testatoris, & grauati, secundum concurrentem quantitatem, cum grauamine uirilis portionis in qua filius testatoris succedere debebat, ut patet ibi: *si quidem minus esset in virili portione, quam fratris hæreditas habuit*. &c. & ibi: *quod si plus etiam fructuum, quos patruus percepit, vel cum percipere potuerit, dolo non cepit, habendam esse rationem*. & hoc bonorum concursu utrinque facto merito inquit I. c. dispositionem in obliquam iam uersam (ut supponebat) adimplendam fore ex bonis heredis grauati intra uires patrimonij testatoris. ut apparet ex toto contextu d. §. cum quidam.

c.

Hoc

25 Hoc autem quod I. c. decidit in d. §. cum
quidam. circa partem hęreditatis grauati,
ampliã ęqua ratione procedere in uniuersa hę
reditate, quę hęredis foret; facta scilicet utrin-
que bonorum parilitate, & compensatione,
si de rogantis mente constitisset.

Si uerò in d. §. cum quidam. non constitis-
set de uoluntate testatoris, ex quibus bonis fa-
cienda foret restitutio, siue in tota, siue in
parte hęreditatis, semper in dubio intellige-
retur de hęreditate testatoris, iuxta decisio-
nem tex. in d. l. ex facto. in princip. ff. ad. S.c.
Trebel. ut supra comprobauimus.

Prętererea principaliter infertur, nostrum §.
ut quis hęredem. uers. quid ergo. explicatum,
ut procedat secundùm uulgares iuris regulas,
absque ulla Senatus interpretatione; am-
26 pliandum † fore, etiam quando hęres, uel
quilibet alius honoratus non tantum de par-
te, sed de tota hęreditate ipsius hęredis resti-
tuenda rogatur: uidelicet, intra uires recepti
à testatore rogante, ut tenuit communis Do-
ctorum torrens, Iacob. de Arenis. Oldrad.
Florian. Alber. Bald. Cuman. Imola. Pau-
lus, in d. §. ut quis hęredem. & plures, quos
refert Costa, in cap. si pater. 3. parte. uerb.
interdum. n. 101. uers. at enim. quidquid ip-
se contra sentiat d. n. 101. uers. ego nihilo-
minus. & n. 103. in fine princip. cuius funda
menta ex dictis, & dicendis diluuntur.

Nec tandem pro Costa nuperrime citato
quoad propositum distinguente inter graua-
men partis, uel totius hęreditatis, facit tex.
in l. cohęredi. 41. §. cum filię. uers. quod si
27 hęredem. ff. de uulgari. ubi Papin. lib. 6. re-
sponsorum, ita scribit: *Quod si hæredem fi-
lium pater rogauerit, si impubes diem suum obie-
rit, Titio hæreditatem suam restituere; legiti-
mum hæredem filij salua Falcidia cogendum patris
hæreditatem, vt ab impubere fideicommisso post
mortem eius dato, restituere placuit.* &c. Ex cu-
ius serie primo intuitu uidebatur asserendum,
hęreditatem pupilli uenisse in grauamen fidei
commissi, ut eleganter probat Costa ubi su-
pra. d. n. 103. uers. sic etiam. & tamen non
hęreditatem pupilli, sed testatoris in restitu-
tionem uenire docet I.c. ibi: *patris hæreditatem.*
ergo differentia constituenda uidetur inter
grauamen restituendę partis, uel totius hęre-
ditatis; ut uolebat relatus Costa contra am-
pliationem, quam supra posuimus: nititur
enim ipse probare, quando rogatur hęres,
non quidem hęredem facere (in hoc enim ca-
su ambo conuenimus) sed hęreditatem resti-
tuere uniuersam ipsius hęredis, induci etiam
debere Senatus interpretationem.

Verum enim uerò, quod attinet ad Costę
intentum, tex. quem adducit, in d. uers. quod
si hęredem. nihil omnino facit: non enim re-
spicit interpretationem Senatus, cuius memi
nit Vlp. in d. l. ex facto. ff. ad S.c. Trebell. nam
Papin. rationem decidendi d. uers. quod si hę-
redem. non retulit ad Senatus interpretatio-
nem, sed potius ad commune I. consultorum
28 placitum, † ut patet ibi: *patris hæreditatem
restituere placuit*, &c. sicut aliàs notatur ad l.
placet. ff. de lib. & posth. aduertit Duarenus
ad tit. ff. de uulgari. cap. de effectu uulgaris
substit. pag. 11. & quod nequaquam iuuet
Costę sententiam, ulterius apparebit ex uerò
intellectu eiusdem uers. quod si hęredem.

Pro quo aduertendum est, patrem ultra
quam quod possit pro filio impubere in pote-
state testamentum facere, l. 2. ff. de uulgari.
princip. Inst. de pupillari. ex eadem etiam ra
29 tione posse † legitimos hęredes filij intra pu-
bertatē ab intestato decedētis grauare onere
fideicommissi ad restitutionem etiam totius
hęreditatis, quę ad illos peruenisset, ut expri-
mit Saluius Iulianus in l. si Titio. §. ult. aliàs
l. si fundum perfideicom. 92. §. ult. ff. de le-
gatis 1. iuncta Vlp. & eiusdem Iuliani decla-
ratione in duabus legibus sequentibus: & Pa-
pin. in l. in ratione. 11. §. ult. ff. ad leg. Falc.
de iure tradit Costa. in cap. si pater. 2. parte.
uerb. debitę, n. 15. de testam. in 6. Peregri-
nus de fideicommiss. art. 12. n. 30. cum seq.
tradit Ord. Lusitan. lib. 4. tit. 87. §. 10.
30 Quod intellige quando pater legitimos hę-
redes filij pupilli rogat nomine ipsius pupilli;
pro quo si testamentum conderet, eisdem
in solidum poterat hęreditatis pupillaris legi-
timam delationem impedire, argumento l.
1. §. sciendum. ff. de legatis. 3. alioquin si
non pupilli, sed proprio ipsius patris testato-
ris nomine fideicommissum fuisset imposi-
tum; tunc in restitutione fideicommissarię
hęreditatis sola paternę hęreditatis quantitas
spectatur, ut alias eleganter innuit Vlp. in l. si
adrogator. 22. uers. cęterum. ff. de adopt. ubi
manifeste distinguit inter casus; quo pater no
mine pupilli disponit, v. g. testando pro illo:
& quo patris tantum nomine onus iniungi-
tur: nam in illo semper plus continetur, quam
in hoc. Quam differentiam I. c. denotant
per uerba, quibus ipsius impuberis fideicom-
missum imponitur, ut uidere licet in d. uers.
cęterum. ibi: *fidei eius committat.* &c. & in d.
§. cum filię. uers. quod si hęredem. ibi: *vt ab
impubere fideicommisso post mortem eius dato*
&c. Ratio manifesta est: nam quando grauo,
uel dispono nomine pupilli filij mei, nihil mi
rum, quod de uniuersis eiusdem bonis possim
disponere, cum ipse impubes iuris censura in-
telligatur disponere, ut inquit Cęsar, in §. igi-
tur. Inst. de pupill. ibi: *tanquam si ipse filius*
sibi

sibi hæredem instituisset. comprobat Costa, d. uerbo. debitę. nu. 15. uers. denique. At nomine proprio grauans, in tantum cogit, in quantum relinquit, secundum uulgares iuris regulas, de quibus supra.

Aduerte rursus, quod licet, quando testator fideicommissum imponit pupillo post illius mortem implendum, uideatur eius hęredes grauare, sicut quando statim à principio eorundem fidei committit. argumento tex. in l. in ratione. 11. §. quęsitum. uers. dixit. ff. ad legem Falcid. & l. unicę. C. ut actiones ab hæredib. per quam ita tenet Bald. in l. precib. n. 46. vers. item plus dico. C. de impuber. nihilominus tamen inter vtrumque modum maxima est constituenda differentia
31 † circa effectualē restitutionem fideicommissi: Nam quando impubes grauatur, obligatio, qua hæredes tenentur ex ui fideicommissi, iam ad illos transit omnino restricta ad id, quod ex bonis testatoris receptum est, cum onus a pupillo descendat, cui fuit iniunctum. Quando uerò legitimi hæredes impuberis principaliter grauantur, indistinctè, ac in solidum tenentur adimplere, quasi (vt supra diximus) ab ipso pupillo rogati, à quo hęredes scripti videbantur, iuxta tex. in l. conficiuntur. 8. ff. de iure codicil. comprobat Costa, d. 2. parte. uerb. debitæ. à. n. 16. Nisi adhuc in hoc ultimo casu constitisset, onus non esse impositum tanquam hæredibus pupilli, sed tanquam hęredibus hęredis, & consequenter nomine testatoris: nam hoc casu hæres hæredis tenebitur, sicut teneretur ille, a quo causam habet, quod & benigne receptum est. l. si fuerit. 5. vers. vlt. ff. de legatis 3. Peregrin. de fideicom. art. 12. nu. 5. & faciunt quæ tradit Cuman. in l. sed & si sic. §. sic autem. vers. forte ergo. ff. de legatis 3. Fulgosius in l. cum quidam. n. 3. & 4. C. de legatis. Costa in cap. si pater. 2. parte. uerb. debitæ. n. 17. de testam. in 6. Dixi, non tanquam hęredibus pupilli onus esse iniunctum, quia si tanquam hęredes pupilli onerarentur, grauamen tunc non à testatore, sed à pupillo iuris censura intelligeretur impositum, iuxta supradicta; vnde etiam nascebatur, illos posse rogari de omnibus restituendis, quæ ab impubere ad eosdem peruenire.

Quibus præmissis, iam patet intellectus ad d. §. cum filiæ. vers. quod si hæredem. † nam
32 supposito, quod pater filium impuberem intra pubertatem decedentem rogare possit, sicut & potest eius legitimos hæredes: principalis dubitatio huius uers. ea erat, an quemadmodum pater rogare poterat legitimos pupilli hęredes de restituenda hęreditate pupillari, in qua bona etiam paterna inuoluebantur iuxta supradicta: potuisset eodem modo rogare filium impuberem ad eandem propriam hęreditatem restituendam, quę etiam hęreditatem patris amplectebatur? & videbatur affirmatiue respondendum, quia quod possum ab hęrede tuo relinquere, à fortiori possum & à te, cum difficilius sustineatur onus in hęrede hęredis, adeo ut ualere benigne receptum esse dicat I. c. in d. l. si fuerit. uers. vlt. ff. de legatis 3. atqui possum rogare hęredem impuberis ad restituendam eius uniuersam hęreditatem, ut supra ostedimus, ergo & eundem pupillum rogare posse uidebar ad integram ipsius hæreditatis restitutionem, eo maxime, quia vt supra etiam aduertimus, in tali grauamine eiusdem pupilli hęredes effectu ipso censentur obstricti.

Verum licet hæc fuerit, & non inepta dubitandi ratio, nihilominus contrarium placuit, nimirum, non teneri ad restitutionem uniuersæ hæreditatis; tametsi enim pater possit legitimos impuberis hæredes rogare quomodocunque uelit, id intelligitur, quando nomine pupilli rogantur: secus eueniet, quando rogantur nomine patris testatoris, ut prædiximus; quod tunc expressim apparet, quando grauamen iniungitur ipsi impuberi post mortem scilicet implendum: nam in his terminis patris testatoris nomine legitimi hęredes pupilli tenentur: ne aliàs cogamur dicere, nomine pupilli (hoc est ab ipso pupillo ex iuris censura) ipsi pupillo onus esse impositum, quod implicat contradictionem: vnde cum in hac specie testatoris nomine hęredes pupilli rogentur, in tantum ualebit onus, quantum honoris confertur, iuxta uulgares regulas, de quibus supra.

Et quod hęc fuerit decidendi ratio, apertissime ostendit Papin. in d. uers. quod si hęredem. ibi: *cogendum patris hæreditatem, vt ab impubere fideicommisso post mortem eius dato, restituere placuit* &c. Ex quibus uerbis demonstratur, totam decisionis uim constituisse Papin. in eo, quod fideicommissum esset iniunctum impuberi, ac per consequens eius hęredes tenerentur nomine patris.

Nec pro dubitandi ratione contra decisio-
33 nem Pap. adducta d. l. si fuerit. uers. vlt. † aliquid euincit: nam argumentum deductum a fortiori propter benignitatem, de qua ibidē, tunc procedit, quando hæres, & hæredis hęres, pariformiter rogantur. eleganter Costa in cap. si pater. 2. parte. uerb. debitæ. n. 17. quod non ita euenit in præsenti, vbi pupillus nomine patris: at hæredes pupilli nomine eiusdem pupilli rogantur; & ita diuerso respectu: quando scilicet agimus de restituenda uniuersa pupilli hæreditate: nam si pater in-

tendat

tendat tantum rogare super bonis proprijs, vel pupilli, secundum concurrentem quantitatem eius, quod restituendum est, cum recepto; tunc æqualiter, vel etiam à fortiori valebit onus tam in persona pupilli, quam in hæredum eius, iuxta suprapositam argumentationem.

Ex quibus ad oculum ostenditur propterea restrinxisse Papin. in d. vers. quod si hæredem, fideicommissum ad hęreditatem duntaxat patris, quia scilicet non poterat pater amplius onerare, quam honorasset, iuxta supradicta, non verò, quod ibidem locus esset interpretationi Senatus, de qua Vlp. in d. l. ex facto. ff. ad S. c. Trebell.

34 Cur autem in d. vers. quod si hæredem. fideicommissum non sustineatur in hæreditate pupilli secundum concurrentem quantitatē, cum constet, pupillum fuisse rogatum de propria hæreditate restituenda: immo aperte Papin. dicat, legitimum pupilli hæredem, solum patris hæreditatem restituturum, nihilque attingendum de bonis pupilli, vt patet ibi. *nec fideicommisso propria facultates filij tenebuntur.* &c. non modicam ingerit dubitationem, cum contrarium appareat decisum in nostro §. vt quis hæredem. vers. quid ergo. qui licet loquatur de parte hæreditatis restituenda, ex identitate rationis ad fideicommissum totius hæreditatis supra extendimus.

Pro solutione aduertas, quod quamuis putem cum subtilissimo Costa. in d. c. si pater. 3. parte. verb. interdum. nu. 106. vers. inde infero. fideicommissum in d. vers. quod si hęredem. iniunctum fuisse pupillo super ipsius hæreditate; ab eo tamen dissentio, dum secure existimo, non intelligi de simplici hæreditate pupilli, sed prout complectitur bona paterna, pater enim sicut poterat legitimos impuberis hæredes, eiusdem impuberis nomine, de vniuersis eius facultatibus, iuxta supradicta, rogare; ita huius similitudinis speciei deceptus, existimabat se posse filium impuberem rogare de vniuersa hæreditate restituenda. & cum constet patrem omnia pupilli bona in fideicommisso complecti voluisse; iurisque dispositio tale onus non patiatur, nisi alteratra tantùm bona, vt prædiximus, nec appareat tunc qualia pater venire voluerit in fideicommissum, an scilicet, quæ pupillus ab illo accepit, an verò bona eiusdem pupilli secundum rationem bonorum paternorum, In tali dubio placuit, testatorem potius rogasse videri de propria ipsius hęreditate restituenda: cum in dubio procliuiores esse debeamus, ne grauius onus hæredi impositum censeatur, secundum vulgarem regulam l. vnum ex familia. 67. §. si rem. ff. de legatis 2. & per consequens in specie d. vers. quod si hæredem. interpretatio fit simillima illi, quam induxit Senatus in sæpe citata l. ex facto. ff. ad S. c. Trebell. vt scilicet in dubio, quando hæres rogatur hæredem sibi facere aliquem, & consequenter omnes facultates illi dare, hoc onere directe implendo ex voluntate testatoris, verso in obliquum ex potestate Senatus interpretantis, adhuc hæres rogabatur vniuersam suam hæreditatem (prout complectebatur etiam bona rogantis) restituere: nam hoc fideicommissum sufficiebatur, ac subintrabat locum grauaminis, vt hæres aliquem sibi hęredem faceret, quod vniuersum ambiebat, vt innuit subtiliter Cumanus in d. l. ex facto. n. 3. & cum hęres ad id cogi non posset secundum iuris regulas, ex quibus non potest rogari vltra vires accepti; in dubio præsumit Senatus testatorem intellexisse de propria ipsius hæreditate restituenda.

Vnde si aperte constiterit testatorem (dum rogat hæredem, vt sibi aliquem hæredem faciat) velle omnino, vt hæredis bona restitutioni subdantur, sine dubio venire debent (post inductam ibidem Senatus interpretationem) eatenus, quatenus patitur hæreditas testatoris, & quidquid ab ea prouenit, vt latius iam supra probauimus ex d. l. Imperator. 70. §. cum quidam. ff. de legatis 2.

35 Inde infero, quod si in terminis d. vers. quod si hæredem. aperte constitisset patrem velle, vt siquidem non potest vniuersam impuberis hæreditatem, prout propriam etiam complectitur, restitutioni subijcere; saltem bona potius pupilli, quam eiusdem patris veniant; tunc bona pupilli sine dubio venire debent, secundum concurrentem quantitatem bonorum paternorum, vt supra ostendimus ex nostro §. vt quis hæredem. vers. quid ergo. quia filius ille impubes institutus non debet in eo differre à quolibet alio hærede, qui de proprijs ita rogari, sicut de testatoris bonis potest. d. l. vnum ex familia. §. si rem. ff. de legatis 2. & ibidem Bart. & communiter reliqui. & ad hunc sensum debet reduci, ne aliàs periclitetur doctissimi Peregr. sententia, in tract. de fideicom. art. 12. n. 44.

36 Adhuc tamen angit scrupulus quidam relictus, quem iam superius tetigimus ex nostro §. vt quis hæredem. vers. quid ergo. vbi grauamen impositum hæredi de restituenda certa hæreditatis suæ parte, valet, & impletur ex hæreditate hæredis, inita scilicet ratione bonorum testatoris; & quod ibidem dicitur de parte hæreditatis, nos supra ex parilitate rationis ad totam hæreditatem merito protendimus. At in d. §. cum filiæ. vers. quod si hæredem. non minus, quam in d. vers. quid ergo.

ergo. constabat, patrem testatorem voluisse, vt hæreditas impuberis in restitutionem veniret: aliter enim nulla adscribi poterat dubitandi ratio illis verbis ibi. *nec fideicommisso pro prias facultates tenebuntur.* &c. si grauamen esset simpliciter impositum filio de bonis duntaxat patris restituendis. quod & acutissimus Lusitanus noster Costa. tenet d. verb. interdum. n. 106. vers. inde infero. & tamen Papin. decidit, facultates impuberis nullatenus fideicommisso contineri, nec etiam in concurrentem quantitatem hæreditatis paternæ. Cur igitur tam varie vtrobique. facitque non nihil contra Papin. in d. vers. quod si hæredem. Papinianus ipse, in d. l. Imperator. 70. §. cum quidam. ff. de legatis 2. dum fideicommissum interpretatione Senatus validum esse dum sustinet in bonis hæredis rogati, vt iam supra expendimus.

Ne huius obiectionis ponderi succumberē, cogit veritas nostræ sententiæ, dum merito eximit decisionem d. vers. quod si hæredem. ab interpretatione Senatus, de qua I. c. in d. l. ex facto. ff. ad Trebell. vnde pro illius resolutione aduertas; testatorem, ut nostro §. vt quis hæredem. vers. quid ergo. & in d. §. cum quidam. satis tenere, se non posse rogare hæredem, nisi ratione, & intra limites emolumenti illi collati. l. plane. 94. §. vlt. ff. de legatis 1. & supra passim notauimus. vnde fideicommissum alias iniunctum hæredi, vt sibi hæredem faciat (quod in fraudem proximæ regu-
37 læ testatores excogitarunt, vt videlicet hæredes nimis onerari possint.) ad conseruationem supremi iudicij Senatus vertit in onus obliquum, restituendæ nimirum hæreditatis, aliter non valiturum: & insimul illæsam relinquit præfatam regulam, quæ oneri honorem parem requirit, vel interpretando grauamen de hæreditate rogantis, vel inducendo compensationem secundum iuris regulas, vt ita hæreditas tota, vel pars rogati veniat in restitutionem fideicommissi, quando aperte de tali restituenda testator senserit.

At pater in d. §. cum filiæ. vers. quod si hæredem. cum posset onerare legitimos filij impuberis hæredes ad restitutionem vniuersæ hæreditatis pupillaris, si nomine pupilli rogasset: poterat iure dubitare, an etiam potuerit rogare eundem pupillum de vniuersa eiusdem hæreditate restituenda, cum in effectu hæredes pupilli roget, oneretque iuxta supradicta: Vnde quando pater ita rogat filium, non minus constat velle grauare de restituenda simplici hæreditate ipsius pupilli, quam de vniuersa, prout etiam propriam complectitur iam ad pupillum peruentam: idque propter falsam opinionem, qua inductus, putat se liberè posse disponere de vniuersa pupilli hæreditate: & ideo supposito, quod non valeat illud onus quoad vniuersam. hæreditatem, & consequenter maneamus in dubio, quænam bona in illo casu pater velit in restitutionem venire; visum est iuri conformius, venire bona patris rogantis, vt supra diximus.

Ceterum quilibet alius extraneus testator nunquam potest decipi, quod aliquo casu possit disponere de vniuersis hæredis bonis, prout etiam propriam ipsius testatoris hæreditatem complectuntur: vnde nihil mirum, quod leges facilius sustineant fideicommissum de bonis hæredis, quando imponitur à testatore extraneo, quam cum iniungitur filio à patre: cum etiam facilius in illo casu constet de voluntate testatoris, quam in hoc; propter d. rationem.

Et ideo fideicommissum in d. vers. quid ergo. & in d. §. cum quidam. impletur ex bonis hæredis. At in d. §. cum filiæ. vers. quod si hæredem. propter voluntatem, quam dubiam ius reputat ex falsa opinione, quam in patre præsumit, iuxta supradicta: eligitur via ordinaria, quæ & tutior est, & in effectu idem importat: parum enim refert, hæc, vel illa bona veniant in restitutionem fideicommissariam, si quando bona hæredis veniunt, fieri debet compensatio, & contributio cum accepto à defuncto rogante, vt diximus: & ita subtiliter sentit Marcianus in nostro vers. quid ergo. ibi. *valere fideicommissum, atque si de hæreditate sua restituenda rogatus esset.* &c. quibus verbis ostendit, perinde valere fideicommissum in hæreditate hæredis, ac in hæreditate sua, idest testatoris; ex ratione, quam subiungit, eatenus enim restituenda est hæreditas rogati, quatenus patitur hæreditas rogantis. & quod prædicta verba. *atq; si de hæreditate sua.* debeant intelligi de hæreditate testatoris, conuincitur, quia sunt verba coniecturalia; & circa hæreditatem hæredis dispositio erat clara, vt patet ex contextu; & ibidem notat gloss. verb. sua. quam perperam damnat Costa. in cap. si pater. 2. parte. d. verb. interdum. n. 103. vers. sed tamen.

38 Illud pro literali coronide nostri §. vt quis hæredem. vers. quod ergo. restat indagandū, cur scilicet Marcianus, tot I. consultorum vtatur authoritate, Scæuolæ nimirum, & Papirij Frontonis, si fideicommissum de quo ibidem, citra interpretationem Senatus de iure ordinario valere poterat? quod, contra nostram supra positam explicationem opponi potest.

Et in primis, (vt obiectionem retorqueamus) si tale fideicommissum ex interpretatione Senatus sustineretur, superflua quoque erat

erat prolata autoritas I. consultorum ad validitatem illius.

Vnde Marciani merito supponentis fideicommissum valere remota Senatus interpretatione, alia mens est, dum præfatos Iuris prudentes adducit. Et certe dubitauit Marcianus, an (supposita iam validitate fideicommissi de rigore iuris) restitutio facienda esset de hæreditate tantùm rogantis, inducta ad hunc effectum Senatus interpretatione, de qua in principio egerat? Cui dubitationi negatiue respondet, quasi ibi non esset necessaria præfata Senatus interpretatio, cum possit de plano procedere voluntas testatoris, qui voluit restitutionem fieri ex hæreditate hæredis rogati; vt scilicet eatenus fiat, quatenus patitur rogantis hæreditas. Et ne hæc Marciani resolutio noua, insolens, aut temeraria videretur propter spretam Senatus interpretationem, adducit in confirmationem Scæuolam, & Pap. Frontonem, ita sentientes.

39 Ex quo consecutiue colligitur intētio Marciani, dum in principio nostri §. vt quis hæredem. meminit interpretationis Senatus, de qua Vlp. in d. l. ex facto. ff. ad S. c. Trebell. nam primo aspectu uidebatur perperam subiungi vers. quid ergo. cuius decisio nequaquā à dicta Senatus interpretatione pendebat, vt probauimus. meminit igitur Senatus Marcianus pro ratione dubitandi ad casum sequentē in d. vers. quid ergo. an scilicet interpretatio Senatus de fideicommisso restringendo ad hęreditatem testatoris, inducenda quoque foret ad illum casum.

40 Vt omnia, quæ ad interpretationem nostri §. vt quis hæredem. vers. quid ergo. sparsim sunt dicta, in epylogum redigamus. aduerte Senatus interpretationem, de qua Vlp. in d. l. ex facto. & Marcianus hic, locum sortiri semper, & duntaxat, quando fideicommissum iniungitur sub hac forma, *vt aliquem faciat hæredem*, vel similiter. quo casu dictum onus secundum verba testatoris directe implendum; Senatus interpretando voluntatem (quæ semper sustinet actum, quo potest, vt notatur per tex. ibi, in l. quoties. 12. ff. de rebus dubijs. cum alijs) vertit in obliquum. Et quod omnia bona videbatur complecti, coangustauit ad bona rogantis. In quo secundo effectu nihil speciale induxit, nisi quatenus contra generalem voluntatem testatoris, per quam etiam bona hæredis in restitutione contineri videbantur: secundum eiusdem testatoris particularem voluntatem præsumptiue sumptam, qui in dubio pronior est ad exonerandum hæredem. l. vnum ex familia. §. si rem. ff. de legatis 2. induxit, vt tale fideicommissum ad hæreditatē grauantis restringeretur. Senatus autem interpretatio æque procedit, quando quis rogatur hæredem sibi facere in tota, atque cum in parte hæreditatis rogatur.

Quando verò fideicommissum imponitur iure ordinario, vt scilicet hæres non quidem rogetur, aliquem hæredem facere, sed potius restituere hęreditatem, vel illius partem; tunc onus implendum est secundum voluntatem defuncti, vt si hæredi dicat, restitue hæreditatem tuam, intelligatur solùm de hæreditate hæredis, eatenus, quatenus patitur hæreditas testatoris; & textui in d. l. cohæredi. §. cum filiæ. vers. quod si hæredem. ff. de vulgari. qui in ijsdem fere terminis decidit hæreditatem patris testatoris tantum venire, non verò filij; iam supra satisfecimus.

Idem dicendum est de grauamine restituendæ partis hæreditatis rogati. iuxta nostrum §. vt quis hæredem. vers. quid ergo. sicut etiā, quando hæres rogatur de restituenda hæreditate alicuius tertij, in qua ipse hæres etiam institutus est, vt in d. l. ex facto. vers. Iulianus. ff. ad S. c. Trebell. quæ omnia supra suis locis latissimè confirmauimus, & exornauimus.

Et ne aliquid amplius desideret noster vers. quid ergo. illud etiam in controuersiam voco,

41 quid scilicet dicendum, † quando quis rogatur, aliquem hæredem facere in bonis tantum ipsius rogantis, an dicta Senatus interpretatio requiratur, cessetve?

Et si vera esset Costæ sententia in cap. si pater. 3. parte. verb. interdum. nu. 103. vers. sic etiam. (quam tamen supra late refellimus) distinguentis inter grauamen, quo quis rogatus, hæredem aliquem facere in tota, vel in parte hæreditatis: vt in illo requiratur Senatus interpretatio; in hoc verò cesset. videbatur etiam idem concludendum in terminis propositæ quæstionis, vbi institutio in sola hæreditate rogantis fieri debebat.

Ceterum in his terminis etiam procedet omnino dicta Senatus interpretatio. In primis, quia vt diximus, Senatus improbauit illud grauamen, quo quis rogatur, aliquem hæredem facere, propter vitium formæ, quia infringit libertatem alieni supremi iudicij, dum illa institutio ex alterius arbitrio pendet, vt notauimus. Et ob id Vlp. in d. l. ex facto. in princip. & Marcianus, in nostro §. vt quis hęredē. in princip. non distinguunt inter portionem hæreditatis, in qua onus debeat impleri; sed tantùm indistincte reprobant formam grauaminis, vt scilicet quis hęredem faciat, siue referatur ad totam, siue ad partem hęreditatis.

Deinde etiamsi dicta Senatus interpretatio cessaret, quando quis rogatur aliquem hęredē facere in parte suæ hæreditatis (quod falsū esse supra ostendimus) adhuc in terminis propositæ quęstio-

quęstionis locum haberet. idque ita deduco; nam vel rogatus fecit illum certum hæredem in bonis duntaxat grauantis iuxta formam grauaminis, nullo dato cohærede vniuersali in bonis ipsius rogati. Vel impleuit dictum onus, instituendo etiam sibi hæredem vniuersalem.

Si primo modo impleuit voluntatem testatoris: tunc cum fit hæres institutus in re certa (ita enim censentur bona illa testatoris, quæ grauamini subduntur, argumento. l. ex facto. 35. in princip. ff. de hæred. instit. l. si certarum 17. ff. de testam. milit.) nullo dato cohærede vniuersali, detracta illa rei certæ mentione manebit institutus in omni hęreditate rogati, iuxta tex. in l. 1. §. si ex fundo. ff. de hæred. instit. Idemque dicendum, si habeat quidem cohęredem in bonis tantum eer tis rogati, iuxta l. quoties, 9. §. si duo. ff. de hæred. instit. d. l. ex facto 35. Vel tandem idem iuris erit, si cohæres vniuersalis omittat hæreditatem, manebit enim, ac si nullo dato cohærede institutus esset, & procedet d. §. si ex fundo notat alius Salye. in l. quoties. C. de hæred. instit. vbi Doctores omnes, & in d. §. si ex fundo. & est plusquam vulgare. In quibus casibus prædicto modo institutus consequeretur vniuersam rogati hæreditatem contra S. C. de quo supra.

Si verò ille institutus in bonis rogantis cohæredem habeat in hæreditate rogati, manet loco legatarij, d. l. quoties. C. de hęred. instit. scilicet si cohęres adijt, vt ibidem tex. supponit, dum cohæredem actionibus hęreditarijs conueniri posse decernit. & ibidem exprimit Salic. vbi reliqui, & in d. §. si ex fundo. Vel manebit loco fideicommissarij, si termini aptentur, iuxta l. pater 78. §. ult. ff. de legatis 3. iunctis quæ ibi tradit Bart. Atqui ex eiusdem Senatus decreto nemo poterat rogari, vt legatum, uel fideicommissum daret, & tale onus ad sui ualiditatem indigebat dicta Senatus interpretatione, l. ex facto. §. si quis caueret. ff. ad S. C. Trebell. ibi. *peto, ut illi des, aut illi fideicommissum relinquas*, &c. ergo dictum onus nullatenus secundum iuris regulas procedere potest, omninoque incidit in Senatus prohibitionem, & interpretationem.

Et tandem hæc sententia probatur ex tex. in l. milites etiam. f. iuncta glossa. ff. de milit. testam. & ex ijs, quæ tradimus inferius, dum militi specialiter permittitur.

Erit igitur necessarium in terminis propositæ quæstionis auxilium Senatus ad mutationem duntaxat oneris in obliquum implementum, ut scilicet uideatur rogatus de hæreditate restituenda: nam interpretatio Senatus circa hæreditatem rogantis hic necessaria non est, cum ab ipso testatore exprimatur, iuxta propositos terminos.

In materia nostri §. ut quis hęredem. quæ-
42 ri adhuc potest, vtrum quis † a milite rogari possit, vt faciat sibi aliquem hæredem?

Et pro parte negatiua, immo quod non valeat tale fidei commissum, nec ex prærogatiua militari absque interpretatione Senatus, facit solidum fundamentum. Etenim decisio nostri tex. ex l. ex facto. ff. ad S. C. Trebell. fundatur in ratione l. 1. C. de Sacros. Eccles. & l. illa institutio. ff. de hæred. instit. vt supra notauimus à n. 3. quia scilicet supremum iudicium liberum & per se firmum esse debet. & hoc debuit etiam obtinere attento iure gentium (secundum quod milites testantur, Bart. in l. neque, ff. de milit. test. Vigl. in §. hæreditas. n. 7. Inst. de hęred. instit. & in §. vlt. n. 2. Inst. de pupill. substit. Nam ratio naturalis (quæ ius gentium constituit. §. quod vero naturalis. Inst. de iure naturali &c.) suadet vt homines libere testentur, vt eleganter constituit Cæsar in d. l. 1. C. de sacros. ibi. *nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam vt supremæ voluntatis, postquam iam aliud velle non possint, liber sit stylus, &c.* & consequenter miles rogare non poterit suum hæredem, vt aliquem sibi hęredem faciant.

43 Accedit, quia etiam in testamento militis improbatur captatoria institutio l. captatorias. C. de testam. milit. idque propter vitium fraudis iure gentium improbatum, de quo supra egimus n. 8. & tradit Dec. in d. l. captatorias, n. 1. cum seq. Ratio autem naturalis, quæ hoc induxit, generaliter traditur in l. vt vim. ff. de iust. & iure. ibi. *cum inter nos cognationem quandam natura constituit consequens est hominem homini insidiari nefas esse*. Vnde similiter incorrecta manet decisio d. l. 1. & d. l. illa institutio. & consequenter etiam respectu militis debet stare dispositio nostri §. vt quis hæredem. & d. l. ex facto.

Verũ contraria sententia est in puncto iuris verior, & tenẽda, nimirũ prædictum fideicommissum absque interpretatione Senatus valere ex militari priuilegio. Quod manifeste suadetur: nam miles potest substituere directo
44 † alicui extraneo, vt exprimunt l. e. in l. milites etiam. 5. & in l. miles ita. §. miles, & emancipato. ff. de milit. test. in l. in testamento. 6. C. eodem tit. in quibus ita notat gloss. & reliqui ordinarij. Vigl. in §. vlt. n. 2. Inst. de pupill. hęc autem substitutio directa facit hęredem instituto hæredi, & non testatori, ad similitudinem pupillaris. & satis innuit Vlp. in d. l. milites etiam. ibi. *in his duntaxat, quæ sunt ex testamento eorum consecuti, &c.* & Triphon. in d. §. miles & emancipato, ibi. *verum*

rum hoc ius in his exercebitur, quæ ab ipso ad eum, cui substituit, peruenerint; non etiam in his, qua habuerit, vel postea acquisierit, &c. Vbi sentientes prædictum substitutū à milite directo datum, instituto, & non militi succedere: statim declararant priuilegium militis in proposito tantùm vigere in bonis, quæ ab ipso milite profecta sunt; pungit alias Costa. in ca. si pater, 2. parte, verb. ac deinde filio, n. 27.

Vnde si miles potest facere directo hæredem ei, quem instituit, poterit etiam eundem institutum rogare, vt aliquem hæredem sibi faciat, quod argumentum quasi à fortiori procedat, cum mitius sit rogare, & precari, vt rogatus sibi faciat aliquem hæredem; quam eidem directo facere: ergo, &c.

Nec obstant, quæ supra in contrarium adduximus: nam pro solutione aduerte, verum quidem esse, non posse militem efficere, vt supremum iudicium hęredis sui liberum non sit, in quantum ratio naturalis suadet, quia tamen
45 miles potest substituere ad tempus, † ita vt adueniente tempore, veluti post mortem instituti, substitutus incipiat hæres directo fieri ipsi militi, dicta lege miles ita, in princip. lege centurio: vbi notant omnes, ff. de vulgari. Vigl. in d. §. vlt. n. 2. Inst. de pupill. & ita debet intelligi Ord. Lusitana. lib. 4. tit. 87. §. 4. vt scilicet substitutus admittatur iure directo: fauore quoque militiæ indultum est, vt in ijsdem bonis possit miles suo hæredi hæredem directo facere. d. l. milites etiam; cum supra citatis. quasi in effectu idem esset, ac si sibi hęredem post tempus faceret.

Vnde cum in terminis nostri §. vt quis hæredem; in princip. & d. l. ex facto, implementum illud in forma specifica, nihil aliud inducat, quam vt rogatus sibi aliquem faciat hæredem: quod miles absque precibus poterat eidem directo efficere, vt ostendimus: puto secure respectu militis, & bonorum, quæ ab ipso profecta sunt, non esse à Senatu improbatum prædictum fideicommissum directo implendum.

Nec ob id naturalis libertas supremi iudicij tunc in hærede rogato frangitur: nam supposita restrictione militaris dispositionis ad bona tantum ipsius militis d. l. milites etiam, & d. §. miles & emancipato; nunquam rogatus censetur cogi contra naturalem libertatem, cum adhuc eidem in bonis proprijs, ac si à milite rogatus non esset, libera maneat disponendi facultas, qualis tantum vnicuique competit ratione naturali.

Senatus verò ideo improbauit pagani dispositionem in prædicta forma: tum quia ei potestas directo substituendi cōcessa non erat, §. vlt. Inst. de pupill. vbi notant omnes; tum vel maxime, quia illi remissa non erat obseruatio ciuilis, quæ suadebat, testamentorum iura libera esse, ac per se firma esse oportere, nec ab alieno pendere arbitrio, tam respectu bonorum, quæ ab aljs prouenerant (in quo sola iuris seueritas inspici poterat) quam respectu propriorum bonorum, quæ ab alijs adeptus non est, in quo duntaxat naturalis etiā ratio vigebat. At militi, quidquid est ciuilis obseruationis tantum, omnino remissum est. princip. Inst. de test. milit.

46 Ex quibus puto † dispositionem d. l. illa institutio, vt supra considerauimus, & d. l. 1. C. de sacros. Eccl. etiam procedere in milite, in ea parte, qua concurrit ratio naturalis mater iuris gentium (quo attento miles testatur, vt diximus.) scilicet, quando quis à milite cogeretur in bonis proprijs hæredem sibi adscribere; de alienis vero, quæ à milite prouenere, bene cogi potest, etiam iure directo, in casibus, in quibus ius ciuile remisit simplicem solennitatem, de qua supra, & quæ militi remissa est, d. l. milites etiam; cum reliquis iam relatis. In effectu enim parum interest, vt quis ea bona teneatur restituere, vel in ijsdem hęredem instituere.

47 Vnde sequitur, † quod hæres scriptus à milite, & rogatus vt aliquem sibi faciat hæredē, omnino tenetur facere, quem miles expressit, in bonis scilicet militis, & ad id cogi debet, sicut aliàs cogitur inducta Senatus interpretatione, quando onus oblique implendum est, vt in nostro §. vt quis hæredē, & d. l. ex facto.

Si autem rogatus decedat, antequam vltro nec, vel coacte sibi faciat illum hæredem in bonis militis, secure puto tale fideicōmissum non
48 interire; † immo transire in directam substitutionem, quam potest miles efficere, vt supra probauimus; Idq; comprobo argumento elegantis decisionis in l. idē est. §. vlt. aliàs, l. neq; § vlt. ff. de milit. test. ibi. *sed perinde habendum est, ac si eidem seruo libertas simul, & hæreditas directo data esset: quæ utraque ad eum peruenire testatorem voluisse, negari non potest*, & quæ ibidē notant Bart. & reliqui. vbi ex aperta volūtate militis testatoris obliqua aliàs dispositio vertitur in directum. ergo & similiter ne pereat eiusdem militis voluntas prædictum fideicommissum in directā substitutionē traduci debet.

Supposito igitur, quod miles potest rogare hæredem suum, vt sibi aliquem faciat hæredē in bonis militis: illud subiungo, vt tale onus
49 possit imponere super bonis rogati † vsque ad concurrentem quantitatem eorum, quæ a milite consecutus est: nam quando fideicommissum in se validum est, siue sub hac, siue sub illa forma, nihil interest an sit ex his, vel illis bonis implendum; nec in eo vnquam du-

B bitatio

bitatio fuit, cum possint testatores, quatenus eorundem hęreditas patitur, de rebus hæredum, ac de proprijs testari, l. vnum ex familia, §. si rem, ff. de legatis 2. faciunt quæ supra tradidimus, num. 23. & nu. 37. vers. & ideo.

SVMMARIVM.

Late agitur de intellectu l. Diuortio. in princip. ff. soluto matr. à n. 1. cum seqq.

Qui dicantur fructus ciuiles. ibidem.

Inter virum, & vxorem fructus diuiduntur habita ratione temporis praecedentis. nu. 2.

Ratio, ob quam maritus fructus rei dotalis facit suos. ibidem.

Explicantur verba d. l. Diuortio. ibi. non ex die locationis. *&c. nu. 1.*

Reprobatur Duareni, & Barbosæ interpretatio. nu. 4.

Reprobatur Claudij sententia. nu. 5.

Agitur de intellectu vers. neque enim. in d. l. Diuortio. à nu. 6.

Fructus, qui statim à principio contracti matrimonij percipiuntur, diuiduntur pro ratione illius anni, à quo cœpit coniugium. nu. 7.

Quando in eodem anno concurrunt fructus naturales, & ciuiles, qui à parte rei sunt diuersorum annorum, ciuiles incipiunt venire in partitionem, postquam percepti censentur. n. 8 & 30. & 40.

Fructus, qui à viro percipiuntur, incipiente matrimonio, non statim, & indistincte fiunt ipsius, sed diuiduntur pro ratione illius anni. nu. 9.

Reprobatur sententia Hispani Baecæ. nu. 10.

I consulti aliquando respondent tacitis obiectionibus, & regulis. nu. 11.

Quando in eodem anno concurrunt fructus naturales, ac ciuiles (qui à parte rei sunt diuersorum annorum) vtrique censentur illius anni. nu. 12. & quomodo id intelligatur. nu. 13. & 14.

Annus respectu fructuum naturalium, & respectu ciuilium in eodem anno concurrentium in propositis terminis, difformiter incipit, & desinit. nu. 14. & 26. & 32. & 34. & 42.

Latissime agitur de impugnanda diuisione Papiniani in vers. itaque. a n. 15. cum seqq.

Argumentum de toto ad partem, est in iure validissimum. nu. 16.

Proportio totius ad partes æque procedit in proportione Arithmetica, ac in Geometrica, nu. 17.

In societate semper datur æqualitas, & proportio Geometrica, ibidem.

Papinianus in nostro vers. itaque proportionem totius ad partes, nec arithmetice, nec geometrice seruauit. Late probatur, nu. 18.

Reprobatur Cuiacij, & aliorum sententia circa interpretationem nostri vers. itaq; nu. 19.

Quamuis annus tredecim mensibus finiretur in terminis d. vers. itaq;, adhuc manet inæqualitas, & improportio in ipsius diuisione, nu. 20.

Reprobatur interpretatio Duareni ad d. vers. itaque, num. 21.

Multorum (qui referuntur) reprobata interpretationes ad d. vers. itaq; vtpote literæ repugnantes, nu. 22.

Alia diuisio planior, ac securior inter virum, & vxorem, probatur, nu. 23.

In diuisione fructuum coniugali habetur ratio temporis, quo curantur, nu. 24.

In fundis, qui bis ferunt in anno, singulis semestribus fructus indistincte lucro mariti cedunt, nu. 25.

Reprobata interpretatio, & intellectus Barbosæ, & aliorum, nu. 27.

Qui Doctores Papinianum carpũt in præsenti, n. 28.

Decisio nostri vers. itaq;, non habet locum, quando fructus a parte rei sunt eiusdem anni, nu. 29.

Reprobatur quædam Pauli Castr. sententia, nu. 31.

Verum maritus possit lucrari duas vindemias, quæ sunt diuersorum annorum? vide à num. 33. vbi duo' contraria opinio fundatur.

Ostenditur falsa opinio, quæ affirmat, maritum posse lucrari duas vindemias num. 34. Quod etiam intelligimus, quando vtraq. percipitur intra 12 menses, nu. 45. vers. quod autem.

Quid intendat Papin. in nostro vers. itaq;, dum mercedem locationis ab eo tantum tempore in partitionem venire dicit, quo locatio intercessit? nu. 35. & nu. 43.

Computatio nostri vers. itaq;, est variabilis respectu mercedis, nu. 36. iuncto, nu. 34.

Consideratur maximum inconueniens, si maritus duplicem vindemiam lucraretur, nu. 37.

In quibus terminis procedat §. non solum, in nostra l. Diuortio. nu. 38.

Vers. itaque. solum procedit in concursu fructuum naturalium cum ciuilibus. à nu. 39. & 41. & 45. vbi vide.

Vt secundi fructus in eundem annum cedant, requiritur eorum perceptio, nu. 40.

Facta locatione statim merces iuris censura dicitur percepta. ibidem.

Naturalis æquitas tamdiu debet obtinere, quamdiu ius non refragatur. nu 44.

Vtrum, in terminis nostri vers. itaque maritus ante secundam vindemiam perceptam, debeat ex illo (facto diuortio) aliquid obtinere? nu 46.

Reprobatur conciliatio quædam Barbosæ, nu. 47.

Reprobatur sententia Duareni, & Cuiacij. num. 48.

Explicatur l. vnica, § cumque, vers. sed & nouissime. C. de rei vxoriæ actione. ibidem.

In quibus terminis procedat diuisio, de qua in §. ex contrario. vers. item si messes. infra hac nostra l. Diuortio, nu. 49. & supra nu. 29.

CA-

CAPVT II.

Ad Papinianum in l. diuortio, 8. in princip. vers. itaque. ff. soluto matrimon.



T huius verſ. implacabilem difficultatem patefaciam, operæ pretium duxi totius præcedentis contex. literam enucleare; vt inde illatio Papiniani. & quæ contra illum excitanda eſt difficultas, magis eluceat. ſcribit Papin. lib xj. quæſt.

Diuortio facto fructus diuidi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit. Neque enim ſi vindemiæ tempore fundus in dotem datus ſit, cumque vir ex Kalendis Nouembris primis fruendum locauerit; menſis Ianuarij ſuprema die facto diuortio, retinere virum, & vindemiæ fructus, & eius anni quo diuortium factum eſt, quartam partem mercedis, æquum eſt. Alioquin ſi collectis vindemijs altera die diuortium intercedat, fructus integros retinebit: itaque ſi in fine menſis Ianuarij diuortium fiat, & quatuor menſibus matrimonium ſteterit: vindemiæ fructus, & quinta portio mercedis inſtantis anni confundi debebunt: vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

Exorditur Papin. proponendo regulam circa diuiſionem fructuum inter virum, & vxorem diuortio facto: exemplificatque in fructibus ciuilibus, quales naſcuntur ex lo-
1 catione, † & ſimilibus; vt tradit idem Papinian. in l. ſi nauis 62. ff. de rei uindic. ibi. *non natura prouenit, ſed iure percipitur, &c.* Vlp. in l. mercedes. 31. ff. de petit. hæredit. ibi. *loco ſunt fructuum, &c.* & in l. cum ſeruus. alias l. apud Iulianum. 40. §. fructus. ff. de legatis 1. cum ſimilibus. Inquitque fructus ciuiles, ſcilicet mercedem locationis diuiden-
2 dam eſſe non ex die locationis, † ſed habita ratione temporis præcedentis, quo conſtitit matrimonium. Idque merito, quia cum propter onera matrimonij ſupportanda maritus rei dotalis ſibi traditæ fructus ſuos faciat, vt notat Cumanus in l. 2. in princip. num. 2. ſupra hoc tit. quem ſequitur, & late comprobat inſignis Petr. Barboſa I. conſultus Luſitanus (cuius ad ius ciuile interpretamenta Pandectas appellare licet) in l. de diuiſione 5. à nu. 4. ff. hoc tit. & in noſtra l. diuortio 1. parte. nu. 4. verſ. & tenenda. eaque coniugalia onera retro marito incubuiſſent: conſequens fuit, vt etiam eiuſdem temporis ratio iniretur in fructuum partitione. Et ſecundum hoc principium fit diuiſio in §. è contrario. infra hac eadem l. ibi. *non ſolum partem duodecimam mercedis, ſed pro modo temporis omnium menſium, quo dotale prædium fuit, ex mercede, quæ debebatur, portionem retinebit, &c.* & generaliter hanc diuiſionem ineundam fore tam naturalium, quam ciuilium fructuum, magiſtraliter docet in §. non ſolum. infra hac l.

3 Vnde † verba illa noſtri tex. ibi. *non ex die locationis, &c.* ſimpliciter ſunt accipienda, ne ſcilicet dies locationis conſideretur, ſed tempus dumtaxat, quo mulier fuit in matrimonio, quia onera matrimonij (propter quæ fructus viro competunt) ſuadent mercedem locationis, quæ loco fructuum eſt, à tempore contracti matrimonij, & onerum ſupportatorum debere diuidi, tradit Bartholomeus Socin. hic n. 5.

4 Et hinc † merito venit refellendus Duar. hic, & lib. 1. diſput. anniuerſ. cap. vlt. dum interpretatur Papin. in præſenti, vt velit dicere, non ex die locationis tantum, ſed habita etiam ratione temporis præcedentis mercedem diuidendam. Quæ expoſitio intendit diem locationis eſſe principalius conſiderandum; & in effectu idem tradit inſignis Barboſa hic d. 1. parte, n. 8. verſ. ſecundò infer. tur. Nam ex dictis verius eſt, regulariter tantum fore inſpiciendum tempus contracti matrimonij.

Nec facit pro opinione præfatorum noſter verſ. itaque, vbi merces locationis conſideratur à die tantùm, quo celebrata eſt, & non retro à tempore contracti coniugij. id enim prouenit ex æquitate quadam ſpeciali, quæ in illis terminis uiget, vt infra latius oſtendetur.

5 Cauendū † itidem eſt a Claudio hic n. 28. ad fin. qui putabat mercedem locationis, etiam quando fundus vacuus traditus eſt, & euenit in d. §. è. contrario. non à tempore contracti matrimonij, ſed ex die dumtaxat locationis maritum lucraturum: id enim eſt contra Papin. hic. in princip. & in d. §. è contrario, aduerſaturque veræ rationi, ob quam vir fructus lucratur, de qua ſupra.

6 Præmiſſa † ſuprapoſita regula ſtatim ſuccedit verſ. neque enim, quē certe conſtat ratio nem afferre alicuius reſolutionis, vt patet; & tamen nequaquam aptatur ijs, quæ expreſſim præcedunt: Nam mens Papiniani ibidem illud tantùm intendit, ne maritus ſtatim, indiſtincte, ac ſimpliciter lucretur fructus vindemiæ,

demiæ, qui ab illo sunt percepti, simul ac fundus in dotem datus est, plenus quippe traditus erat; quæ Papiniani intentio nihil commune habet cum præcedenti regula, & non solum non aptatur præcedenti regulæ, quinimo contradicit, ibi. *quartam partem mercedis, &c.* Nam supponebat text. matrimonium stetisse quatuor mensibus, vt videre est in vers. itaque, ibi. *quatuor mensibus matrimonium steterit, &c.* Si autem d. vers. neque enim, aptaretur ijs, quæ præfatus fuerat Papin. sine dubio non quarta pars mercedis, sed tertia venire debebat: nam si temporis præcedentis ratio quoque habetur, secundum præiactam in initio regulam, & tempus præcedens quatuor mensium fuerit, quod anni trien tem efficit, id est, tertiam partem, necessario non quarta mercedis portio, sed tertia venire debebat, vt magis in specie conuincitur ex d. §. è contrario, infra hac lege, vbi omnino merces locationis respondet tempori ante decurso contracti matrimonij.

Ceterum pro solutione aduertas, Papinian. in suis libris quæst. (vnde desumptus est, hic tex. vt patet ex epygraphe) proposita regula de diuidendis fructibus, qui postea sunt colligendi, vt scilicet respondeant tempori præcedenti contracti matrimonij: subiunxisse alteram regulam procedentem è conuerso: quando fructus statim ab initio matrimonio
7 percipiuntur; vt scilicet diuidantur † pro ratione illius anni, à quo matrimonium incepit, V.g. si fundus vindemiæ tempore plenus videlicet fructibus in dotem detur, maritus non statim fructus omnes, ac simpliciter lucrabitur, sed diuidentur per illius anni spatium, à quo cœpit coniugium, & coniugalia onera, idque tum æquitate suggerente; quam ab absurdo deducit in vers. alioquin; tū etiam ex præsumpta voluntate mulieris, quæ fundum fructibus plenum tradidit, considerat Barbosa hic, d. 1. parte, nu. 5. & latius confirmat ostendendo absurdum num. 9.

Proposita igitur vtraque regula, quæstionem excitauit, nimirum, quid dicendum foret, quando vtraque regula in ijsdem terminis concurrisset, exempli gratia. Si fundus vindemiæ tempore in dotem detur, & ita plenus fructibus (quem traditum intellige Kalendis Octobris, vt satis innuit tex. & ponit glossa hic, verb. vindemiæ, & reliqui omnes) his autem collectis maritus primis Kalendis Nouembris eundem locauerit, mense scilicet vno transacto.

In qua quæstione secundum primam regulam, quam proponit Papinian. hic in princip. videbatur resoluendum, mercedem locationis diuidi debere inter virum, & vxorem, non ex die locationis, (qui fuit Kalendarum Nouembris) in posterum, sed habita ratione præcedentis temporis, mensis scilicet Octobris, quo matrimonium contractum est.

8 Verum † Papinian. (vt coniectari licet, & necessarium est) in suis quæstionum libris decidit in propositis terminis mercedem locationis non esse responsuram tempore præcedenti: motus forsan sequenti collectione: nam vel fundus consideratur tamquam bis in anno ferax, & ita fructus habentur quasi diuersorum annorum, iuxta §. quod in anno. infra hac nostra lege; vel (quod & verum est, vt inferius ostendemus) fructus considerentur, prout sunt vnius anni: semper æquum est, ne merces locationis retroferatur, & respectu præcedentis temporis etiam diuisio eiusdem fiat: quia si primo modo fundus consideretur, primi fructus percepti simpliciter marito competunt pro prima illa anni parte, nec vlterius protenduntur: sequens verò redditus solum habet respectum ad sequens semestre, in quo secundi fructus percipi censentur, & nequaquam retroferuntur, quasi in diuersum annum, iuxta d. §. quod in anno, & ibi gloss. verb. quod in anno, & reliqui Doctores.

Si secundo modo satis consultum est viro, quod in uno fere anno lucretur fructus duorum annorum (ita enim à parte rei sunt, vt tradit Barbosa in nostra lege diuortio, d. 1. p. nu. 12.) absque eo, quod vbique incipiant ab eodē tempore. Quapropter sufficit, quod vniuiq; currant ab eo tēpore, quo sunt vel verè, vel iuris censura percepti: videlicet fructus vindemiæ à tempore, quo traditus est fundus illis plenus & proxime colligendis: & merces locationis ab eo tempore, quo locatio intercessit; & hanc sententiā longa Doctorum serie comprobat Barbosa, d. 1. p. n. 15. & n. 17.

Et quod merces locationis non retroferatur ad tempus præcedens in propositis terminis satis innuit Papin. ibi. *quartam partem mercedis*, &c. quæ portio ostendit, quartæ quoque parti anni respondere, quę in tribus mensibus consistit: nam locatio facta fuit Kalendis Nouembris, & diuortium intercessit suprema die Ianuarij, vt patet ex litera, & tamen matrimonium cœperet a Kalendis Octobris, vt supra ostendimus: ergo merces locationis in his terminis non correspondebat præcedenti tēpori, vni videlicet mensi, qui precesserat ipsam locationem.

De hac autem mercedis diuisione non dubitauit Papinian. hic, sed totus est in comprobando, fructus, qui statim a principio contracti matrimonij ante locationem celebratam sunt percepti, non statim lucro cedere

9 dere mariti, † sed extendendos per integrum spatium vnius anni. quod etiam notauit Barbosa. hic d. 1. parte nu. 4. & patet ex nostro vers. neq; & vers. alioquin. vbi ab absurdo con firmat I.c. suam opinionem, quia scilicet maritus vindemiæ tempore tradito fundo, & collectis statim fructibus, si altera die diuertat, breuissimo illo spatio fructus vnius anni lucraretur. quod maximum inconueniens est, vt exponit Barbosa. d. 1. parte n. 9. & ob id considerandos esse docet, tanquam illius anni, a quo cœpit coniugium, & per totum extendendos, vt pro ratione temporis, quo stetit matrimonium, diuisio fiat prædictorum fructuum.

10 Vnde resellendus † venit Baeca in tract. de decima tutorum. cap. 28. n. 1. & 7. dum putabat, stuctus vindemiæ in præsatis terminis statim, ac indistincte effici mariti; contra verba, & mentem Papiniani hic. & eundem merito damnat insignis Barbosa. d. 1. p. n. 4.

His suppositis constat d. vers. neque enim. supponere alteram regulam, de qua supra proxime egimus; & non eam, quæ à principio proponitur, quam compilatores supprimunt hic. & huius suppressæ regulæ reddie rationem Papin. in d. vers. neque enim. & tannem confirmat in d. vers. alioquin.

11 Nec est nouum, † vt I. consulti, vel tacitis aliquando obiectionibus, vel regulis soleant respoodere; idque forsan, vel propter ipsorum affectatum Laconismum, siue propter in curiam compilatorum, vt contigit in l. ita tamen. 27. §. quoties. vers Marcellus. ff. ad S.c. Trebell. & in l. Gallus. §. idem credendum. ibi. *ne successione testamentum rumperetur*. ff. de liberis, & posthum. & in l. Titius, & Seia, vers. huic similis. ibi. *propter incertum ætatis, ac restitutionis*. ff. de fideiussoribus, in quibus iuribus, & alijs similibus verba quædam sunt adeo abrupta, vt nisi aliquid subintelligatur, perperam videantur adiecta. notat elegantur noster Lusitanus Costa, in cap. si pater, 1. parte. verbo instituit. a nu. 3. cum tribus seqq.

12 Constat igitur ex dictis, † & ex litera nostri tex. ibi. *alioquin collectis vindemijs diuortium intercedat, fructus integros retinebit*. &c. & in vers. itaque, ibi. *fructus vindemiæ, & quarta portio mercedis instantis anni*. &c. Papinianum decidere fructus vindemiæ, & mercedem locationis, quæ mense posterior intercessit, censeri vnius anni, & diuidendos pro rata illius temporis portione. notat eleganter, ac vere Barbosa. hic. d. 1. parte. n. 13. ante med.

13 Aduerte tamen † nõ ita considerari fructus vnius anni, vt alterutri respondeant duntaxat alicui anni parti, vt alias euenit in §. quod in anno. infra hac l. & ibidem gloss. verb. quod in anno. cum reliquis. sed potius vtrique simul respondeant toti anno, & cuilibet illius parti.

14 Aduerte tandẽ † ita respondere illi anno, in quo sunt percepti, ac ita se inuicem comitari, vt fructus vindemiæ, qui vno mense prius inceperunt respondere anno inchoati matrimonij; vno quoque mense prius competant in solidum viro, quam merces locationis, quia etiam annus ille respectu fructuum vindemiæ, vno mense citius finitur. At annus respectu mercedis vno mense posterior clauditur, cum mense quoque posterior inceperit. Quod constat ex nostro vers. itaque, dum ad diuisionem fructuum vindemiæ, & mercedis, semper habetur tatio mercedis, ac si vno mense posterior incepisset in partitionem venire, nam pro tertia anni parte, quarta tantum portio mercedis confunditur. Atque ita in terminis nostri tex. prædicti fructus vindemiæ, & locationis per vodecim tantum menses se inuicem comitantur.: & tredecim mensibus vtrique competunt in solidum marito: quia videlicet fructus vindemiæ vno mense antecedunt mercedem locationis: & merces locationis vno mense porior finitur, & vndecim se inuicem comitantur. ergo tredecim transactis, omnino lucro mariti cedunt.

15 Iam igitur ordine sucredit † noster vers. itaque, qui ansam huic selectæ interpretationi præbuit, vbi Papin. quæstionem, quam excitauerat in vers. neque enim. breuiter resoluit :. quod si fundus vindemiæ tempore, & ita fructibus plenus marito tradatur Kalendis Octobris, cumque vir perceptis fructibus fruendum locet Kalendis primis Nouembris: & suprema die Ianuarij (scilicet post quatuor menses contracti matrimonij) diuortium fiat: vindemiæ fructus, & quanta portio mercedis confundi debebunt, ac ex tali commixtione fructuum, & pecuniæ, tertia portio viro relinquatur, qua respondet tertiæ anni parti, in qua stetit matrimooium, scilicet quatuor mensibus.

Et varijs omissis difficultatibus, quas eleganter, ac maturè percurrit doctissimus Lusitanus Barbosa, hic, d. 1. parte per totam. & supposita illa non modica, quam dissoluit idem Lusitanus vbi proxime à num. 15. & a num. 19. cur scilicet merces locutionis non respondeat illi mensi, qui locationem præcessit, constat enim ex tex. nostro matrimonium stetisse quatuor mensibus, & ita tertia anni parte, & tamen mercedis locationis non tertiam, sed quartam portionem venire, vt iam supra tetigimus. Illud mihi rema-

ner excitandum dubium, quod oritur ex con-
fusione quantæ portionis mercedis cum fru-
ctibus vindemiæ, quæ confusio iniuslem in-
troducit diuisionem, & contra proportio-
num regulas: immo & contra eam suppor-
tationem, quam etiam Papiniani mens inten-
dit inire.

Nam supposito, quod fructus vindemiæ a
Kalendis Octobris & merces locationis a se-
quentibus Kalendis Nouembris currere inci-
piant in vtilitatem, & compendium viri, vt
optime defendit Barbosa. a d.n. 10.cum seqq.
recta diuisionis proportio exposcebat, vt vir
impleto illo anno in matrimonio (quo casu
vniuersum consequitur, scilicet & fructus vin-
demiæ, & mercedem locationis, vt inferius
ostendetur) tandem consequatur proportio-
nabiliter in toto respectu totius, si anno duret
matrimonium, quantum in qualibet parte re-
spectu totius; si in illa parte anni diuortium
16 fiat † & hanc proportionis regulam I. con-
sulti nostri sexcenties tradidere, vt patet ex
Caio in l. quæ de tota. 76. ff. de rei vendic. Vlp.
in l. qui scit. 25. vers. quemadmodum. ff. de
vsuris. Ferent. Clement. in l. si seruus eius.
82. vers. sed si partem. ff. de acq. hæred. ibi.
*nihil enim interest de uniuerso quæratur, quod ca-
pere non possit, an de portione, &c.* Modestino
in l. 3. ff. pro derelicto. ibi. *Vt hoc sit in parte,
quod in toto, &c* & ita in iure tantum valet
argumentum de toto quoad totum, quantum
de parte quoad partem, & etiam notauit glos-
sa. in d. l. quæ de tota. vbi sequuntur reliqui
scribentes.

Hæc autem proportio totius ad partes,
quam I. consulti tradiderunt, æqualiter con-
siderantur in proportione arithmetica, ac in
17 geometrica, † in qua non ratio numeri, vt
in arithmetica, sed æqualitatis in ipsa inæqua-
litate consideratur: qua tamen proportionis
geometricæ inæqualitate nihil est æqualius,
quia supponit terminos inæquales: vnde in-
quit Aristoteles in Ethicis. *æqualitas inter inæ-
quales, maxima inæqualitas est.* hæc geometri-
ca proportio aperte inspicitur in societate, in
qua quando partes non sunt expressæ à con-
trahentibus, æquales fiunt geometricæ, hoc
est respectu eius, quod vnusquisque contulit,
non uerò arithmetice, vt sentit glossa. uerb.
æqualis. ibi. *dic æquali fuisse capitale.* in prin-
cip. vers. & quidem. Inst. de societate. vbi
nouissime notat Hispanus Pichardo, vltra or-
dinarios ibidem, & locis infra proxime re-
ferendis. Immo licet à socijs exprimantur
æquales partes, eæ nihilominus seruari de-
bent æquales in numero, & vt dicitur, arith-
metice, quæ simul sunt æqualis geometrice,
hoc est, respectu eius, quod vnusquisque con-
tulit: aliàs inualida erit conuentio, vt innuit
Vlp. in l. si non fuerint. ff. pro socio. ibi. *&
placet ualere, si modo aliquid plus contulit socio-
rati, &c.* & ibidem ita sentientem Azonem se-
quitur gloss. verb. societati. tradunt reliqui
ordinarij ibi, & in l. mutius. ff. eodem tit. &
in l. 1. C. eodem. & in d. princip. Inst. eodem.

Dico igitur, quod sicut proportio potius
ad partes procedit arithmetice, quando ra-
tio numeri tantum inspicitur: ita etiam debet
procedere geometrice, quando ratio æqua-
litatis omnino inducendæ id suaserit, & con-
sequenter ea æqualitas geometrica, quæ re-
peritur in toto quoad totum, debet reperiri
in parte quoad partem, cum par ratio vtrobi-
que sit, ut intuenti clare patet.

18 Quam proportionis regulam de † toto ad
partes nullatenus seruauit Papinian. in nostro
vers. itaque, quippe respectu cuiusque partis
anni, plus emolumenti consequitur maritus
facto diuortio, postquam per annum stetit ma-
trimonium; quam consequatur respectu eius-
dem partis anni, si in ea diuortium fiat. At-
que ita plus adiudicatur parti anni in integro
anno, quo stetit matrimonium, quam ei-
dem parti in anno diuiso, si in eius parte di-
uortium fiat. quod nequaquam patitur pro-
portionalis æqualitas totius ad partes.

Et vt prædictam inæqualitatem nostri tex.
euidenter concludam, præsuppono cum om-
nibus Doctoribus in præsenti fructus vinde-
miæ valuisse duodecim; eundemque fundum
pro duodecim quoque fuisse postea locatum.

Quo supposito sic deduco. Si decursis qua-
tuor mensibus respectu matrimonij, & fru-
ctuum vindemiæ collectorum: & tribus re-
spectu mercedis locationis: facto diuortio pro
ratione temporis locationis, quod fuit trime-
stre, tria deducerentur (hæc enim est quarta
portio mercedis, quæ quartæ quoque anni
parti respondet, vt innuit Pap. hic.) quæ tria
confusa cum omnibus fructibus vindemiæ va-
lentibus etiam duodecim, efficiunt quinde-
cim. & ex istis quindecim tertia portio dedu-
cenda esset, vt inquit noster vers. itaque (nam
Papin. decidit diuisionem ineundam, non à
tempore locationis, sed à tempore, quo cœ-
pit matrimonium, & ex litera apparet, fuis-
se quattuor mensium, quæ tertia anni pars est a
vnde tertia quoque portio ex prædicta com-
mixtione deducitur) resultabunt quinque in
viri lucrum facta partitione inter ipsum, &
vxorem, vt in specie fatetur Barbosa, & quos
refert hic in d. 1. parte. n. 13.

Si verò coniugium steterit per duodecim
menses, & locatio concomitanter per vnde-
cim, maritus consequetur omnes fructus vin-
demiæ, vt aperte innuit Pap. dum iubet fieri
suppu-

supputationem secundum tempus contracti matrimonij, quod, ex suppositione, anno stetit, cuius prædicti fructus censentur, ne cogamur dicere fructus illos vindemiæ integro anno, quo onera sustinuit, mariti lucro non cessuros. Quod est maximum inconueniens in proposito, quidquid inuoluat Duarenus, in tit. ff. soluto matr. ad nostram l. Diuortio. quem merito carpit Barbosa. d. 1. parte. n.9. consequetur itidem maritus vndecim partes mercedis locationis, iuxta eiusdem Papin. computationem, quæ respondent vndecim partibus anni. nam duodecima pars mercedis relinquitur mensi sequenti; quia quoad locationem fundi vno mense posterior annus in cepit, vt supra diximus.

Quod autem maritus cópleto anno debeat in solidum lucrari fructus omnes vindemiæ,& itidem vndecim partes mercedis, confirmo eodem argumento quo vsus est Papin. in nostro vers. itaque: nam secundum nostram hypothesim; matrimonium stetit per annum, quoad fructus vindemiæ; & per vndecim menses, quoad mercedem locationis. ergo fructibus vindemiæ vndecim partes mercedis permisceri debent. cum autem matrimonium anno durasset, nulla partitio fructum, & prædictarum vndecim partium mercedis fieri debet inter virum, & vxorum, facto tunc diuortio iuxta Papin. resolutionem in d. vers. itaque quinnimo in solidum marito debentur.

Etenim sicut Papinianus, facto diuortio post quatuor menses (quæ tertia anni pars est quoad fructus vindemię,& quarta quoad mercedem locationis) quartam portionem mercedis fructibus vindemiæ permisceri iubet, & ex omnibus tertiam portionem detrahi, quia tertiæ anni parti respondet, in qua matrimonium stetit, quæ, vt diximus, costituit quinq; ita necessario colligitur transactis sex mensibus in matrimonio, ex quinque partibus mercedis (quia quoad mercedem locationis, quinta tantùm anni pars elapsa est, nam semper in terminis nostri tex. respectu mercedis vnus mensis retro abscinditur) confusis cum fructibus vindemiæ, viri portioni cedent octo & dimidium. transactis octo mensibus, ex permixtione septem partium mercedis cum fructibus vindemiæ, viro relinquentur duodecim, & duæ partes vnius nummi. Transactis decem mensibus, ex confusione nouem partium mercedis cum fructibus vindemiæ, viro competent septemdecim & dimidium; & tandem transactis duodecim mensibus, confundi debent vndecim partes mercedis cum fructibus vindemiæ: & omnia ita confusa mariti compendio cedere, scilicet viginti tria. quia cum annus sit completus respectu fructuum vindemiæ, iam nulla respectu illius, relinquitur fructuum diuisio facienda, quod erat intentum.

Constat igitur decursis duodecim mensibus maritum lucrari duodecim nummos ex fructibus vindemiæ, & ex mercede locationis, vndecim. quæ summæ simul iunctæ efficiunt vigintitria; Tunc sic argumentor. Maritus per duodecim menses lucratur viginti tria. ergo diuiso eodem anno in tres partes proportionabiliter, prædicti redditus in totidem partes diuidi debent. Atqui vigintitria in tres partes diuisa constituunt tres fere besses, hoc est, ter octo, deficiente scilicet vnicuique bessi tertia parte numi vnius. ergo singulis quibusque quatuor mensibus (qui tertiam anni partem constituunt) octo fere numi tribui debent marito pro oneribus matrimonij, secundum eandem Papiniani computationem, si fiat respectu integri anni; & tamen in nostro vers. itaque, primis quatuor mensibus diuortio facto, sola quinque marito adiudicantur. igitur prædicta confusio mercedis, & fructuum vindemiæ, quam Papinianus partitur, maximam inæqualitatem inuoluit, plus enim tribuit parti in toto, quam parti anni separatæ: quod nequaquam patitur ratio onerum maritalium, & proportionales iurius regulæ de toto ad partes, de quibus supra egimus.

Quæ quidem improportionata supputatio non solum inspicitur respectu integri anni ad partes: quinimmo respectu cuiusuis vlterioris partis anni ad interiorem. nam quatuor mensibus transactis, quinque numi marito competunt. Sex verò mensibus transactis octo numi, & dimidium .. & ita plus consequitur maritus in sex mensibus respectu quatuor mensium præcedentium, quàm cõsequeretur in ipsis quatuor mensibus, si statim diuortium fieret, vt factum est in nostro vers. itaq;. nam octo, & dimidio diuisis per sex partes, plus vnicuique tribuitur, quàm quinq; diuisis per quatuor, vt computanti patebit. Deinde transactis octo mensibus marito cedũt duodecim, & duæ partes vnius. Et secundùm proximam considerationem, plus consequitur maritus in octo mensibus respectu sex, quàm consequeretur in ipsis sex mensibus; & multo plus, quam consequeretur in quatuor; si post alterutros statim diuortium fieret. Tandem transactis decem mensibus in matrimonio, marito competunt septemdecim, & demidiũ (vt iam supra contra Papin. colligendo ostendimus:) & ita plus tunc consequitur maritus in illis decem mensibus respectu octo præcedentium: & multo plus respectu præcedentium sex: & plurimum respectu anteriorum quatuor mensium; ac si post vtrosuis statim diuortium fieret ex vi suprapositæ computationis

tionis, quę inæqualitas attente intuenti nimis perspicua fiet: vnde amplius immorari non licet.

Et hæc animaduersio etiam ostendit, quod licet inęqualitas computationis Æmilianę aliqualiter tolerari posset respectu illius temporis, quo locatio facta non erat, nec consequenter merces locationis cum fructibus vindemię iam percepti ęqualiter concurrebat: attamen postquam merces incepit in concursum venire cum fructibus vindemiæ, omnino apparet intolerabilis illa iniquitas, & improportio, de qua supra.

19 Ex eadem † animaduersione colligitur, deceptum fuisse eruditissimum Iacob. Cuiac. lib. 14. obser. cap. 22. & quendam nouiorem, quem ipse refert, peculiariter tractantem de Geometrica proportione nostri tex. dum putant hic seruari æqualitatem geometricam: nam ipsi in tribus mensibus, quibus constitit matrimonium, ex tribus nummis mercedis concedunt vnum marito, & duos vxori; idq; æquissimum dicunt: ergo deinceps proportionabiliter respectu eiusdem mercedis, nunquam viro in singulis quibusq; tribus mensibus deberetur, plusquam vnus nummus ex vi geometricæ proportionis, quàm prędicti inculcant. quod tamen ex dictis circa supputationem Papiniani manifeste cöuincitur: semper enim, quo plus durat matrimonium in illo primo anno, eo plus crescit lucrum viri secundum computationem Pap. non seruata æqualitate geometrica respectu temporis anterioris. Ex dictis quoq; refellitur Anton. Faber. lib. 1. coniect. cap. 13. qui eandem diuisionem Æmilianam secundum prædictam proportionem nititur defendere.

20 Præterea † si annus, quo maritus omnes vindemię fructus lucrari debet, non terminaretur duodecim mensibus (contra Papiniani mentem, qui illum annum respectu vindemię, duodecim mensibus claudi magis innuit, dum vindemiam, quę à parte rei erat anni pręcedētis, refert ad illum primum annum, contracti matrimonij, & consequenter nunquam vno debebat exire) sed tredecim mensibus propter mercedem locationis, quę vno mense posterior incepit, mariti lucro competere, vt ex sententia Castrensis, Gofredi, Connani, & Cuiacij tradit Barbosa hic d. 1. parte, nu. 13. vers. vlt. adhuc inęqualitas resultat: nam impletis tredecim mensibus, maritus consequitur 24. ex fructibus scilicet vindemię 12. & ex mercede locationis altera 12. vt patet ex hypothesi suprapposita; quæ quidem 24. diuisa per singulos menses, vnicuiq; fere sextantem tribuit, idest, fere duos numos, quę computatio, si quatuor mensibus tantùm matrimonium constitisset, plusquàm septem numos marito tribuebat, & tamen in nostro vers. itaq;, solos quinque lucratur, vt supra ostendimus, & sic de reliquis anni partibus: ergo plus consequitur vir in anno, quàm in parte anni respectiue. Conuincitur tandem hęc inęqualitas ex ijs, quæ inferius, nu. 23.

21 Vnde Duar. hic pręd. forte † obiectiones pręsentiens, contra verba Pap. loquitur, dum inquit, nostrum vers. itaq;, ibi. *vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt*, &c: ita accipiendum esse, quasi tantummodo velit Papinianus, in hac diuisione simul habendam esse rationem fructuum vindemię, & mercedis locationis: atq; virum tertiam fructuum, & quartam mercedis portionem consecuturum.

Verum hanc interpretationem Papinianus ipse euertit, dum subijcit. *vt ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*. &c. quæ verba manifeste docēt, fructus vindemię, & mercedem locationis ita confundi debere, vt iam non sigillatim ex mercede, & sigillatim ex fructibus, sed potius ex corpore quodam compacto ex fructibus, & quarta portione mercedis, tertia viro detrahatur: vnde merito Duar. carpitur ab Hotomano in tract. de dote, pag. antepen. Barone, lib. 3. feudorum, cap. vlt. Cuiac. lib. 14. Obs. cap. 22. Connan. lib. 8. Comment. cap. 10. nu. 8.

22 Aliter † explicat Alciat. lib. 3. Parad. c. 1. quem improbat Corras. lib. 5. Miscel. c. 7. ad fin. & in præsenti nu. 14. qui in d. locis aliter explicat. Verum, & ipse limam patitur Hotomani, d. pag. antepen. Aliter Charondas, lib. 1. verosil. cap. vlt. Aliter Aurelius, lib. 2. Animaduers. cap. 8. alios refert, & damnat Barbos. hic, d. 1. parte. nu. 11. & seq. quorum omnium interpretamentis non acquiescunt I. C. verba.

Ex quibus altius repetitis (pace I. consultissimi Pap. dixerim) prædictam diuisionem iniquā esse, & improportionatam, etiam secundum eiusdem mentem, & modum supputandi, vt

23 supra, concludimus: aptiusque † fore, si tertia portio fructuum vindemię, & quarta mercedis, mariti compendio cederet, secundum quam computationem, omnis inæqualitas, & improportio cessaret, vt apparet. & hoc innuebat Duar. licet inepte intenderet verba I. C. in hunc sensum trahere.

Et vt euidentissimè colligatur æqualitas nostrę partitionis, & inæqualitas Æmilianę, fingamus in nostro vers. itaq;, locationem factam fuisse statim post vindemiam collectam à viro: nam tunc primus ille annus matrimonij ęqualiter currit respectu vindemię, & mercedis locationis, & in fine anni vtrumq; consequitur

sequitur maritus in solidum, vt probatur ex dicendis nu. 31. Vnde, si proportio æqualis inducenda foret, in quatuor primis mensibus viro competerent octo numi, in sex mensibus, 12. in octo mensibus, 16. in decem mensibus, 20. & ita in duodecim mensibus, competerent 24. At si secundùm Papiniani computationem diuisio fieret, ita vt in quatuor primis mensibus matrimonij tertia portio mercedis confunderetur cum fructibus vindemiæ valentibus 120. indeq; tertia portio deduceretur, solum competerent viro quinque, & parum plus, & consequenter in sex mensibus, 9. in octo mensibus, plus quam 13. in decem mensibus competent 18. & plus; & tandem in duodecim mensibus, 24. ex qua diuisione in qualibet parte anni cernitur inæqualitas Arithmetica, & Geometrica respectu anterioris, vt ostendimus: & tamen in fine anni Papinianus vniuersum marito tribuit, sicut & nos tribuimus; in quo apertius visitur improportio diuisionis, quam ipse introducit.

Nec seruata hac diuisione obstabit dicere, quod si Papiniani sententia, in confundendo mercedem locationis cū fructibus vindemię, non obseruaretur, iam vel fructus illi, naturales scilicet, ac ciuiles, considerarentur tanquam diuersorum annorum, vt à parte rei sunt, vel vnius anni, eo tamen modo, quo dicitur in §. quod in anno. infra hac eadem l. quasi ab eodem fundo bis in anno fructus perciperentur, quorum alterutrum inuoluit inconueniens. Quod probatur: nam secundum æquitatem, quam supponit Papinianus in præsenti, merces locationis incipit ab eo tantum tempore, quo locatio intercessit, quia

24 etiam fructus vindemiæ (quibus † plenus fundus traditus est) qui alias debebant respicere totum tempus retro, quo curantur, non verò id tantum, quo percipiuntur, vt inquit Papin. in §. non solum, vers. nam & hic, infra hac eadem l. Oldradus, cons. 112. num. 1. alios referens tradit in specie Barbosa hic, dicta 1. parte, num. 1. Relicta ratione præteriti temporis à marito percepti conuertuntur in annum sequentem, in quo etiam ab eodem fundo locato merces percipitur: ergo nisi confundantur modo, quo Papinianus asseruit, non vnius anni, vt fateri debemus, sed diuersorum dicetur; & per consequens fructus vindemiæ, qui in veritate anterioris anni sunt. Barbosa, dicta 1. par. num. 1. & passim debebant in diuisione lucro tantum vxoris cedere, iuxta dictū, §. non solum. vers. nam & hic. ibi: *toto tempore, quo curantur, non vero, quo percipiuntur, rationem accipere debemus*, &c.

Vel etiam (vt diximus) nisi confundantur, & dicamus vnius anni esse, necessario fateri debemus, fundū illum, à quo duplexis fructus percipitur, censeri ac si bis ferat in anno. iuxta dictum §. quod in anno: nec enim respectu eius dem fundi aliter considerari potest duplex fru

25 ctus in vno anno. Quod quidē † id incommodi non modici inuoluit, quia scilicet in his fundis, qui bis fructus ferunt in anno, singulis semestribus completis in coniugio, omnino cedunt mariti lucro. vt ostendit l. c. in d. §. quod in anno. & ibi exprimit glossa. verb. quod in anno. sequuntur omnes scribentes, & nouissimè Barbosa, ibidem. At fructus vendemiæ, & merces locationis in terminis de quibus in nostro vers. itaq;, cum à parte rei nō sunt eiusdem anni, sed diuersorū, & fauore matrimonij ad supportationem coniugalium onerum, vnius anni censeantur, æquum visum fuit, vt vtriq; pariter pro ratione totius anni veniant in partitionem, & consequenter confundi debent secundum sententiam Papiniani.

Verum nostra plana partitio facillimè expeditur ab hac bimembri obiectione: nam ingenue quidem fatemur, prædictos fructus vindemiæ, & mercedem locationis, vnius anni censeri: ita tamen, vt vno mēse prior incipiat currere annus respectu fructuum vindemiæ,

26 & † eodē posterior annus respectu mercedis; & consequenter eodem mense prior definat, qui cępit prior. vt supra ostendimus.

Ingenue etiā fatemur prædictos vindemię, & locationis fructus cōfundi debere, & pro ratione temporis diuidi: ita tamen, vt confusio, & permixtio vtrorumq; non fiat ad diuisionē, sed ad adiudicationem; hoc est, a fructibus vindemię tertia portio deducatur propter decursam tertiam anni partem, à mercede locationis quarta portio deducatur, quia quarta quoque anni pars respectu eiusdem locationis elapsa est: & vtraq; summa confusa, & permixta marito competat, quasi iam in corpore diuisa inter ipsum, & vxorem, non verò post confusionem diuidenda.

Manet igitur diuersa, ac melior diuisio collecta ex Papiniani mente (dum in fine anni vniuersos fructus vindemiæ, ac mercedis viro tribuit) contra eiusdem verba, & modum diuidēdi, quem prædicta obiectione (ne scilicet diuersorū annorum viderētur) motus induxit, vt notat Barbosa hic, dicta 1. par. nu. 13.

27 Vnde, sicut † improbamus Papiniani diuisionem, sequitur etiam Barbosæ intellectū corruere, dicta 1. par. d. nu. 10. qui Iurisconsultum sequutus, eandem, quā ipse, patitur expugnationem; & idem astruo de Copo in trac. de fructibus. lib. 3. tit. 2. cap. 6. Antonio Custano in trac. de dotibus. cap. 6. nu. 20. Cuiacio in notis ad fragmēta Vlpiani in Institutionib. cap. 22. & lib.

& lib. 4. feudorũ. tit. 30. colum. vlt. & de alijs, quos referens sequitur Barbosa, dicto nu. 10. qui omnes illi consentiunt.

Ceterum, interim dum legislatori contrarium non placuerit, vbi ius Romanorum obseruatur, dandæ sunt manus acutissimo, & excelsi ingenij Papiniano: consuleremque viris in dictis terminis diuertere cupientibus, vt finem anni expectent, si tædiosa diuertendi causa inducijs emolumenti protelari patitur.

28 Ne autem † cuiquam temerarium, & insolens videatur, me in prudentissimum Papinianum inuehi, videat quod inquit in præsenti Paulus Castr. à n. 2. qui audenter asserit Papinianum, dum decidit quartam portionem mercedis confundi debere cum vindemia, gratis id, ac libere dixisse, nec fundari in aliqua bona diuidendi ratione, consentiunt Claudius hic in principio. Pontanus nu. 24. in effectu Iaf. nu. 3.

29 Interim aduerte † Papiniani decisionem in dicto verf. itaque, vel vt ipse considerat; vel vt nos faciendam putamus, non habere locũ; in terminis, in quibus à parte rei fructus vindemiæ, & merces locationis sunt eiusdem anni; exempli gratia, si tradatur fundus vacuus marito, in coque sit vinctum, & alia eiusdem fundi pars ad messem apta: in hoc enim casu, si maritus illam telluris partem, quæ messem ferebat, locet, vinetumque colendum fruendum sibi retineat, quandocumque matrimonium dissoluatur, semper vnus, idemque annus considerabitur, vsque a tempore contracti matrimonij, & respectu huius temporis vtrorumque fructuum naturalium, & ciuiliũ simplex, ac plana partitio fiet, etiamsi vindemia adhuc sit in spe tantum, & ita procedit §. ex contrario; verf. Item si messes; infra hac nostra lege, de quo late, & eleganter Barbosa hic, dicta 1. p. a n. 24. verf. his ita.

Amplius pro nostri verf. itaque, materia aduertendum est, quod cum Papinianus recte asserat, mercedem locationis, non ante in par-

30 titionem venire, † quã ipsa locatio celebrata fuerit, & deinceps; quia scilicet cum pro tempore præcedenti satis consulatur viro ex fructibus vindemiæ, qui a parte rei, vnius integri anni erunt, vt tradit Barbosa dicta 1. p. nu. 15. & 17. iustum fuit, vt non consideraretur merces locationis nisi ex die, quo facta locatio est, quia non ante fructus ille ciuilis, nimirum merces locationis in rerum natura esse incipit, quod saltem requiritur ad effectum, vt diuersorum annorum fructus, vnius esse censeantur, tradit Barbosa vbi proxime n. 19.

Vnde iam primo infertur, quod si in terminis nostri verf. itaque, fundus non fuerit locatus Kalendis Nouembris, sed Ianuarij, cuius suprema die diuortium factum est, tunc non quarta portio mercedis, sed duodecima in confusionem venire debet, secundum mentem Papiniani, & ea, quæ nos iam diximus circa

31 veram supputationem, & † per contrarium, si locatio statim fiat tempore vindemiæ, tunc pari passu current vtrique fructus, scilicet naturales, & ciuiles a tempore contracti matrimonij, vt tenuit glossa hic, verbo, tertia. sequitur Barbosa, dicta 1. p. n. 14. quidquid dicat Paulus Castr. hic n. 10. verf. tertio quero: nam pro illo tempore, quo vtrique fructus se inuicem ostendunt, & comitantur, iuxta supra dicta, existimantur, ac si vnius annis sint, quod Castrensis non attendebat.

32 Præterea infertur, quod † sicut in terminis nostri verf. itaque, ex eo, quod locatio uno mense post perceptionem fructuum vindemiæ facta fuit, & ab eo tantum die merces incepit viro competere; annus quoad locationem, & illius mercedem, uno itidem mense posterior finitur; quam quoad vindemiam: Ita si duobus, tribus, vel vltioribus mensibus post vindemiam collectam locatio fiat, annus, quo maritus mercedem locationis suam facere incipit, exinde computari debebit, iuxta mentem Papiniani: adeo vt si anno duret matrimonium, & in vltimo mense locatio fiat, duodecima tantum portio mercedis cum fructibus vindemiæ mariti lucro cedat: & tunc fructus vindemiæ, & merces locationis quoad duodecimam tantum eiusdem portionẽ, vnius anni fructus censebuntur, argumento eorum, quæ supra diximus, si vero vlterius protendatur coniugium, tunc non nisi post undecim menses deinceps transactos ipsa merces in solidum marito competet: & ita viginti tribus mensibus lucrabitur maritus, & fructus vindemiæ, & mercedem locationis.

33 Tertiò infertur † ad illam quæstionem, vtrũ maritus in specie nostri verf. itaque, possit lucrari duas vindemias? in qua quæstione nonnulli, quos refert Barbosa hic, in dicta 1. p. n. 9. inficiantur, quasi id iniquum, & absurdum sit, eo ducti fundamento, quod istæ binæ vindemiæ diuersorum annorum sint.

Alij affirmant, proculdubio tenentes vtramque vindemiam transactis tredecim mensibus maritum lucraturum; ita Alber. hic, n. 10. verf. & ideo. Cuman. n. 13. Paul. nu. vlt. Alexand. & Pontanus, vterque n. 24. sequitur Barbosa vbi supra n. 14. & nu. 21. vbi tamen declarat esse necessariam vtriusque perceptionem.

Quæ affirmatiua sententia suadetur primò ex nostro verf. itaque, vbi sentit Papin. maritum posse tredecim mensibus, & vindemiam, & mercedem locationis suam facere, si totidem

dem mensibus constitit matrimonium, & onera sustinuit; ergo similiter in duplici vindemia dicendum videtur.

Deinde (vt ego pro eadem sententia considero) fructuum toto tempore, quo curantur, non quo percipiuntur, ratio habetur in diuisione inter virum, & vxorem. §. non solum, infra hac nostra lege; ergo licet quis a die contracti matrimonij vnam vindemiam tunc pendentem collegerit, cum tamen eodem anno fundum colat propter vindemiam secuturam, ratione illius curæ, & simul onerum coniugalium futura vindemia (& maxime collecta) debet pro eodem anno in partitionem venire iuxta dictum §. non solum.

Prima opinio ex eo reprobari posse videtur, quia dispar ratio non apparet inter fructus naturales concurrentes cum ciuilibus, aut concurrentes cum naturalibus. Atqui ex nostro vers. itaque, constat maritum pro uno, eodemque anno concurrentis fructus naturales & ciuiles, scilicet mercedem locationis lucrari, igitur duplicem naturam obtinere potest.

Nec eiusdem sententiæ fundamentum firmum videtur: nam prædictæ duæ vindemiæ, non tanquam diuersorum annorum, sed potius vt vnius anni considerantur, ut iam supra in mercede locationis late ostendimus, ergo, &c.

34 Secunda opinio nequaquam etiam sustineri potest, nec enim securis innititur fundamentis: nam quoad primum attinet, Papinianus in nostro vers. itaque, propterea innuit maritum lucrari posse vniuersos fructus tam vindemiæ, quam locationis, transactis tredecim mensibus, quia scilicet merces locationis uno mense posterior, quam vindemia incepit mariti lucro cedere, & ita tredecim mensibus tunc annus fruitur respectu vindemiæ, & mercedis; respectu tamen alterutrius per se considerati, duodecim mensibus clauditur habita ratione temporis à quo incepit: Vnde si duobus, tribus aut vlterioribus mẽsibus locatio celebraretur post vindemiam collectã; iam non tredecim mensibus, sed quatuordecim, quindecim, aut vlterioribus transactis, vindemiam, & mercedem locationis lucrari poterit, vt necessario euincit computatio, & mens eiusdem Papiniani: dum annum quoad mercedem locationis exorditur a die locationis tantum.

Idem etiam suadet ratio: quia cum prædicti fructus a parte rei sint diuersorum annorũ: primi, qui capiuntur, statim pro ratione temporis, quo matrimonium stat, incipiunt viro competere; secundi, qui alterius anni erant, tunc incipiant competere, cum iuris censura percipiuntur, & ex inde annus cõputetur, finiaturque duodecim mensibus deinceps sequentibus, & hi ciuiles fructus, eousque tantum concurrant cum vindemia, quo annus respectu vindemiæ terminetur: & deinceps currant ciuiles, quousque annus respectu eorum finiatur,
35 iuxta mentem Papin. hic, qui † in hoc adhuc, seruauit qualitatem diuersiorum annorum, quæ in vindemia, & mercede locationis a parte rei inerat.

Vnde si argumento vindemiæ, & simul mercedis, ad duplicem vindemiam inferendum est; iam non tredecim mensibus (in quibus vtraque colligitur) sed vlterioribus (iuxta ea, quæ supra proxime de mercede diximus) maritus vtramque lucrari debebit: & per consequens male fundatur præfata secunda sententia.

Eo maxime contra Barbosam, & quos refert in dicta 1. p. n. 14. arguo ex ijs, quæ ipse tradit n. 20. & 21. vbi ad effectum, vt maritus, cui traditus est fundus fructibus vindemiæ iam maturis, possit in eodem anno alios lucrari, requirit, quod secundi fructus vel ciuiles, vel naturales in rerum naturam producantur, & in ipsa tellure compareant; ita interpretato Papiniano hic, dum mercedem locationis ab eo tempore in partitionem adducit, quo in esse producta est propter existentiam locationis, ergo si propterea fructus tam naturales, quam ciuiles ab eo tempore, quo producuntur, in partitionem venire dicit, vt Papiniano assentiat: necessario cum ipso Papiniano tenetur fateri (argumento mercedis locationis) ab eo tempore, quo in esse producuntur, & in partitionem venire incipiunt, annum computari, qui quandocumque in posterum duodecim mensibus finiatur. Atque ita male Barbosa, & reliqui, quos sequitur, asserunt maritum tredecim mensibus transactis indistincte vtramque vindemiam lucraturum.

36 Accedit, quia computatio anni quoad mercedem locationis, de qua ibi, est variabilis, vt supra probauimus ex verbis, & mente Papiniani: at dicta opinio, dum tredecim mensibus elapsis marito in solidum, & indistincte tribuit vtramque vindemiam, est perpetua, & inuariabilis; cum semper vsque ad id tempus vtraque colligatur: ergo ad hanc sententiam roborandam non potest deduci fundamentum perpetuum, & inuariabile, ex dicto vers. itaque, quod mutabilem supputationem patitur.

37 Deinde si argumento nostri vers. itaque, resoluunt Barbosa, & reliqui, præfatam secundam opinionem tenentes, fructus (qui in eodem primo matrimonij anno post vindemiã à viro collectam sequuntur) incipere in tributũ venire, quando vere vel ficte sunt percepti, vt

Docto-

Doctores tuentur, quos refert Barbosa, dicta 1. p. nu. 19. ante finem. vel vt ipse ibidem vult, quando in rerum naturam producuntur, iuxta modo dicta; & exinde concurrant cum præcedentibus in partitionem: ita tamen vt finitis tredecim mensibus, vtrique in solidum, & indistincte competant viro, sequeretur intolerabilis quædam, & plus quam iniqua diuisio: nam in fine vnius anni tredecim mensibus terminati, maritus lucraretur duplicem vindemiam tanquam eiusdem anni: & tamen si primo semestri (quo fructus sequentis vindemiæ nec in tellure comparent, nec in esse aliqualiter producti sunt, tantum abest, quod sunt percepti) diuortium fieret, vna dumtaxat vindemia veniret, eademque in partitionem inter virum, & vxorem: cum tamen vtraque vnius eiusdemque anni sit, nec reguletur ex decisione §. quod in anno. infra hac l. vt iam supra cum eodem Barbosa latius comprobauimus. Vel saltem si ab eo solo tempore, quo incipiunt competere, confusio & diuisio facienda esset, argumento mercedis, de qua in nostro vers. itaque, eadem iniquitas, & improportio, quam contra illum expendimus, etiam in hanc sententiam inueheretur.

Tandem pro secunda sententia nihil facit vltimum fundamentum deductum ex dicto §. non solum. quia si in hac specie procederet, sequeretur contra eorundem Doctorum mentem, etiam à principio contracti matrimonij secundam vindemiam venire in partitionem: ipsi namque ab eo tantum tempore venire volunt, quo vel percipitur, vel saltem in esse producitur, vt malebat Barbosa,
38 & supra notauimus. Vnde † secure dico, dictũ §. non solum. duntaxat procedere, quando à principio, fundus, vel quælibet res fructuosa uacua tradita est, vel vt generalius loquar, quando in eodem anno non currunt alij fructus, qui in veritate erant alterius anni, iuxta nostrum vers. itaque. Et ratio est: quia vel iam cessat æquitas dicti §. non solum, vel si de rigore iuris procedit, iam talis seueritas æquitate nostri vers. itaque, eneruatur: ne tot emolumenta viro cumulentur in grande mulieris dispendium, cum aliàs fructus, qui a viro statim à principio contracti matrimonij colliguntur, deberent referri ad annum præcedentem, in quo mulieris erant, secundum dictum §. non solum. & tamen referuntur in sequentem; ergo alterum, cum altero compensandum est.

Antequam igitur aliquid proferam in prædicta quæstione, quæ adhuc decisa non vide-
39 tur, illud præfari liceat: nempe † in nostro vers. itaque, (si verum amamus) solum admitti posse concursum fructuum naturalium cum ciuilibus, de quo loquitur: nec posse recipi concursum fructuum naturalium, cum naturalibus respectu eiusdem anni, cum à parte rei sint diuersorum.

Quod inprimis comprobo ex Papiniani mente ibidem, dum ait, fructus ciuiles, scilicet mercedem locationis, non à tempore contracti matrimonij, sed ex die locationis incipere in partitionem venire cum fructibus vindemiæ, qui à viro antea percepti fuerant: nam id ex eo prouenit, quia supposito, quod fructus vindemiæ (qui vnius anni esse debebant) extendi per illum primum annum matrimonij æquum visum fuit ex ratione Papiniani in nostra l. diuortio. vers. alioquin. & supra latius expendimus: reliqui fructus (quià partes rei sunt alterius anni) non aliàs in eundem cadunt, quam postquam percepti fuerint in eodem anno. Quam interpretationem circa per-
40 ceptionem, magis consonam Papiniani menti puto, eamque tradidere plurimi, quos refert Barbosa hic. dicta 1. p. n. 20. & 21. quid quid ipse sine vllo probabili fundamento solum requirat fructuum in rerum naturam productionem, non vero perceptionem: putans mercedem locationis, de qua ibi, non posse dici perceptam, sed tantum in esse productã: & hoc argumento recessit ab eorum, quos refert, sententia; cum verius sit mercedem locationis censendam potius perceptam, quam dumtaxat productam, & imperfecte comparentem: nam simul ac inter contrahentes de re locanda, conducenda, & eius mercede conuenit, iam pro percepta consideratur, siquidem actio regulariter inuariabilis ad illam competit, vt est vulgare, & eius tantum executio differtur in tempus statutum vel à iure, vel ab ipsis contrahentibus: & hinc prouenit quod si conductor anticipatam totius anni mercedem dederit, non potest repetere, vt ab speciali probat Vlp. in l. sed addes, §. si quis cum. ff. locati. vbi Paul. Castr. & reliqui.

Si igitur merces locationis concurrit cum fructibus vindemiæ in lucrum viri, quia respectu eiusdem anni, iuris censura percepta videtur: manifeste sequitur, non posse maritum in eodem anno duplicem fructum naturalem suum efficere, quia postquam prima vindemia ab eo collecta fuit, prius annus ille exit, quam secunda colligatur, & percipiatur, siquidem prima à Kalendis Octobris (in quibus contractum est matrimonium) cæpit colligi: vnde ille annus suprema die sequentis Septembris finitur; & iam secundus October, in quo secunda vindemia percipitur, principium offert secundo anno eiusdem matrimonij. Ergo cum secunda vindemia nec quoad

totum,

totum, nec quoad partem percepta sit in primo matrimonij anno, nequaquam debet concurrere ad portionem cum fructibus illius primi anni; sed iam protenditur in diuisionem anni, qui sequitur, secundum mentem Papiniani.

41 Nec inconueniens † comparatio mercedis, de qua in nostro versiculo itaque, id enim ex eo prouenit, quia merces, quæ ciuilis fructus est, iam ab eo tempore, quo locatio intercedit, iuris censura percepta est, & quia propter onera matrimonij viro competit, ad vmbram onerum tractum habet successiuum quoad acquisitionem, & lucrum viri, pro ratione scilicet illius anni, etsi hoc, quod in mercede consideramus, aptari possit secundæ vindemiæ, idemque quoque in ea statueremus: vnde quia quoad hunc effectum in naturalibus fructibus non potest dari eadem ratio, quæ in ciuilibus, vt infra amplius patefiet, nihil mirum, quod ciuiles aliquando possint concurrere in eundem annum; non item naturales, quando vtrique naturales a parte rei sunt duorum annorum.

42 Accedit, † quod etiam in terminis nostri vers. itaque, potest euenire, vt vel nihil, vel parum dictæ mercedis concurrat cum fructibus naturalibus illius primi anni, ad similitudinem secundæ vindemiæ, de qua nuper egimus: nam si locatio fundi celebretur non primis Kalendis Nouembris, sed potius Septembris, qui vltimus est illius anni mensis, vel etiam iam in Octobre (qui initium præbet secundo anno) antequam secundi fructus percipiantur, & respectu eorundem locatio fiat: iam vel duodecima tantum pars mercedis cum fructibus primæ vindemiæ, si in sequenti Septembri locatio fiat: vel nihil cum prædictis fructibus concurret, sed ad secundum annum integra pertinebit, quia iam in secundo anno locatio facta est, idque secundum mentem Papiniani necessario collectam: ergo ex nostro vers. itaque, potius inferre possumus ad confirmandam nostram sententiam, quam ad euertendam, cum in eo casu, quo mercedem locationis confundimus cum fructibus primæ vindemiæ, id proueniat ex perceptione, quam ius considerat in mercede, & quæ in secunda vindemia considerari antequam naturaliter colligatur, non potest.

Nec officit §. non solum, infra hac nostra lege vbi in fructibus pendentibus, & nondum collectis habetur ratio temporis transacti, quo curantur: nam ad illum iam respondimus, non procedere in terminis nostri, vers. itaque, quia licet non referamus fructus illos postea colligendos, iam pro eodem tempore concedimus alios fructus, qui a parte rei sunt vnius integri anni.

43 Præterea Papinianus † in nostro vers. itaq;, vt iam supra obiter tetigimus, propterea noluit, vt indistincte merces locationis a principio contracti matrimonij statim concurreret cum fructibus vindemiæ, sed tantum ex die locationis, quia cum sint fructus diuersorum annorum, vt apparet in veritate: quantum potuit; eosdem fructus separauit, & diuersum annum respectu alterutrorum constituit, dum respectu fructuum vindemiæ, & mercedis annus difformiter definit. Ergo in terminis, in quibus agimus de vtraque vindemia à marito non lucranda (cum interim in eodem anno vtraque percipi nequeat) magis mentem Papiniani conseruamus, itidem, & vtramque vindemiam ad suum annum separatum rescrimus, sicut à parte rei erat.

Rursus naturalis æquitas suadet, vt quemadmodum fructus illi primæ vindemiæ, qui à marito statim percipiuntur, in veritate erant accepto ferendi anno præcedenti, in quo curati fuerant: & nihilominus referuntur ad illum annum, qui quoad matrimonium incipit: ita eadem etiam euincit, vt secunda

44 vindemia ad secundum † annum referatur, quæ naturalis æquitas tamdiu obtinet, quamdiu ius non refragatur: & ob id Iurisconsulti aliquando, & interpretes ex æquitate naturali multa decidere, vt colligitur ex l. quamuis, ff. de in ius vocando: vbi notat Zazius, & ex l. scire, 13. §. sufficit, ff. de excusationibus tutorum tradit Baldus in Auth. Ingressi, C. de Episcopis, & cler. late per Decium in l. illam, nu. 6. C. de collationibus, vbi latius eius Addition. & ob id Andreas de Isernia in proœmio feudorum inquit rationabile dictum non minus debere mouere iudicem, quam legem scriptam: constat autem ius non refragari in propositis terminis, sed tantum respectu mercedis medio illius primi anni tempore resultantis, propter rationem, quæ in ipsa versatur de qua supra egimus: ergo, &c.

Tandem si secunda vindemia in sequentē annum uergat, iuxta supradicta, nulla iniqua diuisio succedet, sed æqualis semper, & proportionata: per contrarium tamen eueniet, si secunda sententia, de qua supra, seruaretur, vt contra illam iam expendimus.

Quibus præhabitis, mihi in proposita quæstione illa arridet pars, quæ negat, quia in hoc casu duplex illa vindemia diuersorum annorum consideratur, vt a parte rei est.

Nec quidquam euincit, quod contra illam obiecimus, quasi nulla appareat diuersitatis ratio inter concursum fructuum naturalium

C cum

cum ciuilibus, vel cum naturalibus: & de ciuilibus habeamus nostrum versiculũ, itaque, qui eos cum naturalibus coniungit. Respon-
45 demus enim, qđ † licet datis paribus terminis nulla inter fructus naturales, & ciuiles differentia consideretur, nec etiam quoad præsens intentum, aptitudo tamen terminorum in concursu naturalium cum naturalibus omnino deficit; etenim ciuiles, de quibus hic, cũ ex conuentione partiũ proficiscantur, non attenta operatione naturæ, sequitur simul posse percipi iuris censura in eodem anno, quo naturales, si verbi gratia, interim locatio fiat, iuxta supra dicta; non ita de naturalibus (quando fundus bis in anno non fert), quia in eodem anno bis percipi nequeunt. & secundum hæc intelligo nostrum vers. itaque, solum procedere in concursu naturalium cum ciuilibus fructibus.

Denique responsio, quæ supra præstabatur fundamento huius, sententiæ, iam elidi tur ex ijs, quæ præfati sumus: nec enim vtraque vindemia fructus vnius anni considerari potest, vt comprobauimus. Quod autem diximus maritum non posse lucrari duas vindemias, non solum intellige, quando 13. mensibus vtramque percipit; verum etiam, licet intra 12. menses vtramque percipiat præmaturiscentibus fructibus: nam a nobis supra adductæ rationes etiam in his terminis procedut, quidquid dicat Barthol. Socinus. hic nu. 3.

46 Quarto, & † vltimo infertur ad illam quæstionem, vtrum in terminis nostri vers. itaque, si maritus fundum non locauerit, sed potius sibi colendum, & fruendum retinuerit, & ante perceptam secundam vindemiam diuertat, aliqua portio fructuum colligendo ad illum pertineat?

In qua quæstione negatiue respondent Paulus hic, numero decimo, Immol. in principio. columna penult. Cuman. columna prima, ad fin. Vincentius columna decima quarta, Alexand. numero vltimo, Pontanus, numero vigesimo quarto, eo ducti fundamento, quia ad effectum vt in specie nostri versiculi itaque, maritus cum primis fructibus vindemiæ alios lucretur, opus est, vt illos percipiat, aut vere, aut ficte, quorum neutrum euenit in terminis propositæ quæstionis. ergo, &c.

In contrarium insurgit Duarenus hic, & Cuiac. libro decimo quarto, obser. capite vigesimo secundo, ad finem. & mouentur ex textu in l. vnica, §. cumque, versiculo, sed & nouissimi. C. rei vxoriæ actione, cum similibus. vbi soluto matrimonio fit partitio fructuum pendentium. ergo in proposito idem dicendum videtur.

Insignis Barbosa hic, dicta parte prima, numero vigesimo primo, prædictas contrarias sententias in concordiam nititur redigere: inquitq;, quod vel fructus secundæ vindemiæ sunt iam producti in rerum naturam, & comparent in tellure, tempore, quo diuortium fit: vel adhuc non sunt producti in rerum naturam; si primo modo, ab eo tempore incipiunt venire, quo producti sunt: & sic procedat secunda sententia; si vero secundo modo sumantur, tunc nequaquam veniunt; & ita procedat prima opinio.

47 Verum hæc conciliatio non potest sustineri, in primis, quia supponit in terminis nostri versiculi, itaque, sufficere fructus comparere in tellure, & aliqualiter in rerum naturam esse productos, ad effectum vt ab eo tempore incipiant cedere lucro mariti. & nos iam supra ostendimus, necessarium esse, vt sint percepti, quod etiam requirunt primæ opinionis defensores.

Deinde, si ab eo tempore, quo iam incipiunt comparere in tellure, venirent in partitionem, sequeretur illa iniqua, & improportionata diuisio, quam in præcedenti quæstione contra eundem Berbosam expendimus.

Vnde explesa hac conciliatione, quod ad quæstionem attinet, primam sententiam amplector, putoque nequaquam fructus illos iure maritali in tributum venire incipere, antequam percipiantur; idque à fortiori conuincitur ex à me dictis in præcedenti quæstione. Si enim secundam vindemiam iam collectam maritus non lucratur, nisi respectu illius temporis, & deinceps, à quo eam collegit, cum secundi anni sit: à fortiori illa, quæ collecta non est, in partitionem non veniet.

Dixi, iure maritali, quia hic non ago de alia deductione ratione scilicet expensarum, si quæ factæ sunt ad culturam fundi, vt inde fructus efferantur.

48 Ex dictis† iam corruit secunda illa sentẽtia, Duareni nimirum, & Cuiatij. Nec pro illis quidquam facit dictus §. cumque, versiculo sed & nouissimi, cum similibus: quia generaliter loquitur, & debet declarari ex supradictis, ne procedat, quando in eodem anno iam non sunt collecti alij fructus, qui aliàs vere vnius integri anni sunt: nam tunc ratio, ob quam in dicto versiculo, sed & nouissimi, pro rata temporis fit diuisio, in his terminis cessat, quippe iam fructus existunt diuidendi, qui illius anni censentur, iuxta supra dicta: reliqui vero secundum nostram sententiam sunt anni sequentis, vt etiam prędiximus.

Dixi

49 Dixi qui aliàs vere † vnius integri anni sunt ad excludendam obiectionem ex §. è contrario. vers. item si menses. infra hac nostra l. vbi fructus pendentes veniunt in partitionem, quando in eodem anno alij etiam colliguntur. id etenim prouenit, quia vtrique simul iuncti, & in veritate sunt vnius eiusdemque anni, vt iam supra ostendimus.

SVMMARIVM.

Late agitur de interpretatione §. pater, Inst. de testamentis, & l. pater, ff. de testibus a nu. 1. per totum.

Quam conclusionem ab illis deducunt Doctores. ibid.

Quam nos deducimus nu. 2.

An §. pater, differat in aliquo a dict. l. pater.

Quando agitur de acquirendo alicui, nullus, qui in eius potestate est, testis esse potest. n. 4.

Numeralia verba sunt taxatiua, & suapte natura restringunt. n. 5.

Explicatur eleganter l. ad testium. 22. in princip. ff. de testamentis nu. 6. vbi agitur de restituenda lectione Fiorentina. vide etiam n. 19.

In nostro §. pater, & in dicta l. pater. duo casus exprimuntur. n. 7.

Frater, est verbum relatiuum ad fratrem. n. 8.

Quid sit relatiuum in iure, & an possit respicere plura diuersa, ibidem

Reprobata Mhynsingerij, & aliorum sententia existimantium posse ex vna familia septenarium testium numerum in testamento requisitum, repleri. num. 9.

Licet vnusquisque ex eadem familia sit capax testimonij ferendi, concursus tamen reprobatur. nu. 10. & 14. & 17. & de ratione. nu. 27. vers. in quaestione.

Circa testimonia ferenda proponitur edictum prohibitorium. nu. 11.

Explicata l. idonei, 6. ff. de testibus. n. 12.

Explicata l. 1. vers. 1. ff. de testibus. nu. 13.

Difficilius inhabilitantur singulares personae, quam cõcursus plurium eiusdem qualitatis. v. g. eiusdem familiae. nu. 15.

Dictio, vterque, est copulatiua. nu. 16. aliquando tamen disiungit. ibidem.

Concursus patris simul, & filij in potestate; vel duorum fratrum in potestate eiusdem patris, adhuc contra rigorem iuris in testamento recipitur n. 17. & 27. vers. in hac quaestione.

Pater cum pluribus filijs emancipatis potest esse testis in testamento. nu. 18.

Idem de filijs naturalibus intellige. ibidem.

Declara tamen in vtrisque. nu. 19.

Emancipatio non tollit affectionem naturalem, & effectus inde resultantes. ibidem.

Noster §. pater. habet locum in foro Canonico, & vbique, nisi in contrarium stet consuetudo solenniter roborata. nu. 20.

Procedit etiam in filijs adoptiuis, & arrogatis. num. 21.

Procedit etiam in nepotibus in potestate retentis. num. 22.

Declaratur, vt etiam procedere possit in nepotibus apud Lusitanos, vbi aliàs regulariter nepotes extra potestatem auitam nascuntur. nu. 23.

Procedit etiam in liberis hominibus ab hostibus redemptis. nu. 24.

Redempti ab hostibus interim dum pretium non soluunt, sunt in potestate redemptoris. n. 25.

Et haec potestas magis vergit in patriam, quam in dominicam. ibidem.

Liberi homines ab hostibus redempti serui non sunt, & illis potest legari, etiam antequam pretium soluant. nu. 26.

Vtrum in alijs negotijs, extra testamentum, possint ex vna familia plures, quam duo in testimonium adhiberi. nu. 27.

Sub distinctione non ineleganter resolues. nu. 28.

Explicatur § legatarijs vers. & multo magis, Instit. de testamentis ordin. nu. 29.

Explicatur. ordinatio Lusitana lib. 4. tit. 85. §. 1. vers. vltimo nu. 30.

CAPVT III.

Ad Iustinianum, in §. Pater, Instit. de testam. ordinand.



Cribit Cæsar. *Pater, nec non is, qui in potestate eius est: item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt: vtrique testes in vno testamento fieri possunt, quia nihil nocet ex vna domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

1 Doctores communiter † deducunt ex hoc textu, & ex l. pater, 17. ff. de testibus, patrem cum filijs suis in potestate, posse esse testem in vno eodemque testamento: adeo, vt septenarius testium numerus, qui in testamentis requiritur, §. sed cum paulatim, Inst. hoc titulo, ex vna familia repleri possit. Quæ quidem conclusio turmatim, nullo in contrarium mussitante, vel aliqualiter vacillante ab omnibus recepta est.

2 Ceterũ † ego prædictorum, & similium iurium verba, & mentem perscrutans, in hoc

subsistendum duxi, & constanter assero, ad testamentum ex vna familia non nisi duos simul, & duntaxat testes adhiberi posse: vel patrem cum filio in potestate: vel duos fratres, qui sunt in eiusdem patris potestate constituti. Illudque etiam secure teneo in proposito §. pater, cum similibus, non solum prædictorum testium pluralitatem recipi, sed & numerum taxari.

3 Et in primis† pro hac non minus exquisita, quã Reip. vtilissima sententia, aduerto nostrũ §. pater. ibi, *necnon is, qui in potestate eius est*, &c. secundum fontem, à quo traductus est in dicta l. pater (vbi eadem verba scribuntur, eo tantum adiecto; quod non solum in testamento, sed etiam in quouis negotio expressim loquatur) intelligi de filio vt patet in dicta l. pater, ibi: *pater, & filius qui in potestate eius est*, &c. Quo forsan loquẽdi modo Imperator vsus est in præsenti, ne vel mentione filij censeretur nepos exclusus, vel liber homo ab hostibus redemptus, interim dum pretium non soluit, ad quæ etiam potestatis verbum extenditur, l. qui testamento 20. §. 1. ff. de testamentis, & alias adhiberi posse in testimonium cum redemptore, in propositis terminis infra ostendetur.

4 Aduerto tandem, † quod quando agimus de recipiendo patre cum filio in testem, vel duobus fratribus eiusdem familię; nequaquam id intelligere, quando agitur de acquirendo ei, in cuius sunt potestate. exprimit Vlp. in dicta l. qui testamento, §. quæ autem, ibi: *vbi aliquid negotij geritur, per quod acquiratur*, &c. vbi glossa verbo diximus, & Doctores.

Quibus præhabitis nostram opinionem, seu potius puris veritatem hucusq; abditã in Democriti puteo, sequentibus fundamentis stabilio;
5 primò† quia noster §. pater, & dicta l. pater, loquuntur per verba denotantia duos tantum, vt patet ibi: *pater necnon is, qui in potestate eius est*, &c. *pater & filius, qui in potestate eius est*, &c. & ibi: *item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt*, &c. verba autem numeralia taxatiua sunt, & suapte natura restringunt: ne numeri adiectio in legibus superfluat.

6 Deinde in† eandem sentẽtiam adduco Vlp. in l. ad testium, 22. in principio, ff. de testamentis. vbi secundum synceritatem Pandectarum Florentinarum ita scribit: *ad testium numerum simul adhiberi possumus, vt ego, & pater, & plures, qui fuimus in eiusdem potestate*, &c. Quæ Vlpiani verba (consideratis ijs, quæ ipsemet protulerat in dicta l. pater, cuius autorem esse ex inscriptione apparet) miram inuoluunt emphasim: nam agens de numero testium, qui ex vna familia vocari possunt ad testamentũ, regulam proponit, scilicet patrem, & filium in eiusdem potestate testes adhiberi posse. Vt quid igitur hic, & in ceteris iuribus, quæ de eodem loquuntur, mentio tantum fit patris, & filij, & ita duorum dumtaxat, nisi ad denotandum, & taxandum numerum testium, qui ex vna familia adhiberi potest; ne exeat binariũ. Quod vt clarius ostendat Vlp. dum plures filios vocat, declarat eos esse debere, qui fuerunt, sed iam non sunt in potestate, vt patet ibi: *& plures, qui fuimus in eiusdem potestate*, & ita concludit patrem cum vno tantum filio in potestate, posse esse testem in testamento, cum emancipatis verò numerum non restrinxit.

Vnde explodenda venit vulgaris litera dictæ l. ad testium, quæ habet. *& plures, qui sumus in eiusdem potestate*: nam id ex annotatione alicuius desidis interpretis (vt in proposito omnes fuere) in textum obrepsit, & satis colligitur, etenim Vlpianus non respondendo; sed docendo, & definiendo procedit (cum scribat ad edictum lib. 39.) & consequenter si putaret patrem cum pluribus, quã vno filio in potestate posse adhiberi testem, non diceret, *vt ego, & pater & plures, qui sumus in eiusdem potestate*, &c. sed potius, breuius, ac planius diceret *vt nos, & pater*.

7 Rursus† noster §. pater, & d. l. pater, duos casus expressere. primũ statim in principio; secundũ in vers. itẽ duo fratres. alioquin si vnũ casum continuatiue proferrent; impropriè sane, & contra verum loquendi ordinem docerent Imperator, & I. consultus, etenim si vellent dicere patrem cum pluribus filijs in potestate testimonium perhibere posse, ita scriberent *pater, & filij, qui in eius potestate sunt*, non vero, *pater & filius, qui in eius potestate est, item duo fratres*.

8 Accedit, † quod in vers. itẽm duo fratres, loquuntur per verbum, *frater*, quod est relatiuum ad fratrem, vel fratres; non uero ad patrem: sicut verbum filius est relatiuum ad patrem, ut per Decium in lege eiusqui, in principio, num. 9. ff. si certum petatur, de vtroque tradit Ioannes Thomas Frigius. lib. 1. de logica Iurisconsultorum, cap. 14. de relatis. Relatiuum autem vnum dumtaxat habet relationis suæ extremum, v. g. pater filium, vel filios, & è conuerso; frater fratrem, vel fratres: nam relata sunt contraria affirmantia, quorum alterum constat est mutua alterius affectione: contraria autem sunt opposita, quorum vnum, vni tantum opponitur, vt eleganter tradit Frigius dicto cap. 14. in princip. & ita qui dicie patrem necessario, & dumtaxat

xat

xat supponit, & dicit filium, vel filios (nisi pa trem pro iure dicamus, & ita per respectum ad dominium, quod in domo habet, vt inquit I.C. in l. pronunciatio. §. familiæ. vers. pater. ff. de verb. signif.) idem in domino, vel fratre, respectu serui, vel fratris: vnde non dicimus, patrem quid facere cum pluribus fratribus, qui in eius sunt potestate (cum agimus de con cursu patris, & filiorum) sed tantum dicimus patrem cum filijs.

Quinimmo etsi contra rectam loquendi methodum, & verborum proprietatem iungeremus vtrumque casum, adhuc resultaret patrem cum vno filio, & amplius cum duobus filijs posse esse testem in testamento: quod tüc idem esset, ac dicere, patrem cum tribus filijs

9 posse testimonium perhibere. At † Doctores in præsenti secure asserunt patrem cum filijs in potestate posse implere septenarium numerum in testamentis requisitum, idque patitur Mynsingerus hic, leue putans: cu ego non qualequale absurdum existimem, sed, vt quod maxime perniciosum Reipublicę est: quoniam posset pater cum sex liberis, quos in potestate habet, pro quolibet defuncto testato, vel intestato decedente, nouissime testari: adtestans cui voluerit hæreditatem, cum quo fictitio, & suppositio hærede pacisceretur de familia ercifcunda. nam pater cum filijs in potestate (quibus imperat) facillime de mendacio conspirare poterat, vt agnoscit Faber, Viglius, ac reliqui hic.

10 Tandem hanc sententiam confirmo† nam Cæsar à §. testes autem, supra hoc tit. vbi regulam proposuit de ijs, qui testes esse poterant in testamento, deinceps nihil aliud agit, quam excipere, & percurrere casus, in quibus non potest testis adhiberi, vt videre licet. In latitudine autem proposita regulæ comprehendebantur pater, & filij simul, quotquot essent, & ita indistincte testimonium perhibere poterant, quia cum vnoquolibet testamenti factio erat, nec excipiebantur in dicto §. testes autè, &, vt supponimus, erāt alias puberes, eiues Romani, &c. ergo dum Imperator in nostro §. pater. illorum facit mentionem, non est ad simpliciter admittendum in testes, id enim iā inesse videbatur ex vi præpositæ regulæ; sed ad taxandum numerum, ne scilicet, binarium excederent, quia in concursu tantum dabatur vitium.

Satisfaciamus nunc ijs, quæ in contrarium adduci possunt: nam in primis obstat l. 1. vers.

11 1. ff. de testibus. vbi† proponitur edictū prohibitorium de testimonio ferendo: atq; ita omnes possunt testes adhiberi, quibus non est expressim prohibitum, vbi omnes notant. At nullibi constat patrem cum liberis, quotquot fuerint, prohiberi, ergo &c.

Verum huic obiectioni satisfit primò, si dicus satis prohiberi ex nostro §. pater. & dicta l. pater, vt supra enucleauimus, ne pater, vel frater, cum plus quam vno filio, vel fratre in eiusdem patris potestate constituto, testis adhibeatur, dum verbis binarium tantùm numerum ostendentibus recipiuntur. Quæ quidem prohibitio fundari potest in regula Iuliani I.c.

12 in l. idonei. 6. ff. de testibus. †, dum inquit, *Idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, vt testes fiant*, &c. nam licet hæc regula intelligatur de imperio producentis, vt inquit glossa ibi in principio, & Doctores: adhuc propter facilem subornationem, & conspirationem plurium testium eiusdem familiæ, hæres, qui dicitur testimonio prædictorum vocatus, interueniente patre testium subornato, ipsis à producente imperari posse videtur.

13 Vel melius respondeas, argumētum † dictæ l. 1. vers. 1. solum euincere, vt pater, & filij quot quot fuerint, sint habiles ad testimonium perhibendum in quacunq; causa: atq; ita poterit pater ex dispositione dictæ l. 1. vers. 1. cū hoc, vel illo filio testis adhiberi in testamēto. Quod autem non possit cum pluribus simul eiusdem familiæ testificari disposuit noster §. pater, & dicta l. pater. & dicta l. ad testium, idq; non contra edictum de testibus (quia in nuperrime relatis iuribus nullus ex filijs seorsim prohibetur testimonium ferre) sed præter edictū: vt scilicet supposita habilitate filiorū, cū quouis tantùm pater, vel frater recipiatur in testimonium. & quamuis ex hoc sequatur reiectio reliquorum eiusdem familiæ: attamen hoc non prouenit ex interdictione aliqua legali illis imposita, sed potius ex euentu, quia scilicet iste, & non ille, vel illi vocati sunt ad testimonium.

14 Secundum † quæ breuiter resoluendum est in nostro §. pater, & similibus, non inhabiles reddi personas eorum, qui sunt eiusdem familiæ, sed tantùm taxari numerum, supposita eorum habilitate: at ex generalitate dictæ l. 1. vers. 1. quemlibet ex eadem familia testem habilem reputari, dum illi non interdicitur, sicut nullibi interdictum est: verum circa numerum nihil ibidem omnino disponi: non enim dicta l. 1. vers. 1. hunc, vel illum numerum testium, siue ex eadem, siue ex diuersa familia habilem reddidit ad hunc, vel illum casum; nam hoc ex alijs regulis petendum est, nimirum ex regula l. vbi numerus, ff. de testibus, vbi dicitur cum testium numerum requiri, quem lex adijcit, aliàs sufficere binarium. Quæ regula sicut intelligitur de quantitate discreta, vt v. g. sint tres, vel quinque,

ſeptem, aut octo lege diſponenre; ita poteſt intelligi de qualitate, vt ſcilicet ex vna domo, ſiue familiâ ex legis diſpoſitione vnus tantum, vel duo producantur, vt conſtituit noſter §. pater, cum ſimilibus.

Accedit, quod numerus teſtium arbitrio iudicantis aliquando relinquitur, vt inquit Calliſtratus I.c. in lege 3. §. 1. verſ. eiuſdem, ibi: *aliàs numerus teſtium.* ff. de teſtibus: vnde licet
15 non ita † facile contra diſpoſitionem dictæ l. 1. verſ. 1. poſſit quis inhabilis reddi ad teſtimonium perhibendum: facile tamen numerus reſpectu eiuſdem qualitatis inhabilitari poteſt, ne occaſione ipſius ſupprimatur veritas, aut falſitas inducatur, vt diſponitur in noſtro §. pater, & quamuis aliàs leges generaliter deferrent prudentiæ iudicum numerum teſtiũ, tam quoad quantitatem, quam quod qualitatem, dicta l. 3. §. 1. verſ. eiuſdem: attamen circa hanc qualitatem, quod ſint eiuſdem familiæ, tam in teſtamentis, quam in alijs negotijs teſtium numerum ſpecialiter coarctarunt noſter §. pater, & dicta l. pater, idque propter incommoda, de quibus ſupra. quod tamen intellige ex dicendis.

Deinde contra noſtrã ſententiam ponderari poſſunt verba noſtri textus, ibi: *item duo fratres, qui in eiuſdem patris poteſtate ſunt, &c.* quaſi illos duos fratres cõſtituat ſub eius patris poteſtate, de quo Cæſar in principio locutus fuerat, & omnes copulet in concurſu. Reſpondetur enim, quod licet de eodem patre intelligeretur, nihilominus tamen ex ſupradictis non copulatiue, ſed diſcretiue, ac ſeorſim accipi debet, nimirum, vt vel pater, & filius teſtis eſſe poſſint, vel duo fratres ſub eiuſdem patris poteſtate: ita vt neuter concurſus numerum binarium excedat.

16 Perpendi etiam poſſunt † illa verba, ibi: *vtrique teſtes in vno teſtamento fieri poſſunt, &c.* quibus copulari videntur enumeratæ perſonæ: nam dictio illa, vtrique, copulatiua eſt, vt etiam ſuadet textus in l. is qui hæres. 13. §. vlt. ff. de acquirenda hæred. dum inquit, *neq; filiusfam. repudiando ſine patre, neque pater ſine filio alteri nocet: vtrique autem poſſunt repudiare,* hoc eſt, ſimul, & alijs iuribus probat Decius, in l. cum quidam, n. 3. C. de impuberum, &c. Satisfit enim, ſi aduertas dictionem illam, vtriq; copulantem quidem eſſe, vt in dicta l. is qui §. vir. & in noſtro §. pater, etiam copulare, ſed tamen propter ſubiectam materiam, id efficit alternatiue, ſcilicet vel pater cum filio, vel frater cum fratre teſtis eſſe poteſt, vt aliàs in eadem dictione probat l. vlt. §. ipſum autem, & ibi gloſſa, verbo, ex utraq; C. de bonis quæ liberis, &c. vbi gloſſa plura ſimilia congerit. l. ſi apud 17. C. de appellationibus, & ibi gloſſa prima. idem tradit Decius plura iura, & Doctores congerando in d. l. cum quidam, n. 3. Vel etiam intellige copulare quidem prędictas perſonas, nimirum patrem, filium, &c. duos fratres ſimul, non quidem in actuali concurſu, ſed in habilitate teſtimonij ferendi: quaſi dicat Cæſar, tam pater cum filio, quam frater cum fratre, teſtes in teſtamento fieri poſſunt, hoc eſt, omnes ſunt habiles ad teſtificandum. an autem plusquam duo ſimul ex eadem familia produci poſſint, id ex alia parte eiuſdem textus deducitur, vt ſupra oſtendimus.

Tandem obijci poſſunt vltima verba, ibi: *quia nihil nocet ex vna domo plures teſtes alieno negocio adhiberi,* quibus generaliter conceditur concurſus plurium ex eadem familia. Verum vltraquam quod pluralis iſta elocutio duorum numero ſit contenta, l. vbi numerus, ff. de teſtibus, & ita nihil concludat, cum adſint prædicta in contrarium argumenta: vlterius ad-
17 uerto, † ſi verum amamus, præfata verba non eſſe prolata ad concedendum vagum concurſum, ſed potius ad iuſtificandum illum, in quo pater, & filius, vel duo fratres vnius eiuſdemque familiæ teſtes adhibentur; quaſi adhuc perquam durum eſſet, horum ita concurrentium teſtimonium recipere: attamen quia alij teſtes ad teſtamentum, vel quoduis aliud negocium requiruntur, propterea inquit Cęſar, nihil nocere ſi plures, quam vnus ex eadẽ familia teſtes alieno negocio adhibeantur; ita tamen ne binarium numerum excedant, vt prædixerat; & ſatis innuit in præſenti, & I. c. in dicta l. pater, ibi: *teſtes fieri poſſunt, &c.* quaſi dicant, duo ex vna familia, quidquid iuris auctoritas refragari videatur, teſtes adhiberi poſſunt. Rationem autem, cur ius repugnat, colliges ex infra dicendis.

Conſtituta igitur noſtra ſententia, quæ aſſerit ex vna domo, & familia (quod in præſenti patriam poteſtatem denotat, vt vltra Theophilum hic, vulgo tenetur) duos tantum in teſtamento teſtes adhiberi poſſe. Infertur pri-
18 mo, † patrem cum filijs emancipatis, quot quot fuerint, teſtimonium ferre poſſe. Ratio eſt manifeſta: qusa filius emancipatus, cum iam exiuerit ex ſacris paternis, id eſt, familia patris, in ſuamque tranſeat, l. vlt. ff. de capite minutis, iam pater non habet in ipſum ius, nec imperium, quod aliàs inualidabat teſtimonium, l. idonei, 6. ff. de teſtibus, vt ſupra expendimus: immò nec filius emancipatus iuſſus à patre illicitè, obedire tenetur, vt innuit aliàs Paulus I. c. in l. filius emancipatus, 13. ff. ad legẽ Corneliam de falſis: vnde nihil mirũ, quod filij emancipati poſſint plures concurrere cum patre ad teſtimonium ferendum, §. expreſſit Vlp. in dicta l. ad teſtium, ff. de teſtamentis,

mentis, secundum literam Florentinam, ibi. *& plures, qui fuimus in eiusdem potestate, &c.* clare innuunt Cæsar hic, & sic in dicta l. pater, vbi semper meminere patriæ potestatis quando duos tantum admittunt. Hanc illationem sub intellige etiam procedere in filijs naturalibus, qui in potestate parentum non sunt. §. vlt. Inst. de nuptijs à princ. tū Inst. de patria potestate, qui tanquam emancipati, & vel cum fratribus, vel cum patre, testes adhiberi possunt.

19 Illud † tamen circa emancipatos adhuc notandum censeo; vt si ex multitudine ipsorū, iudici suspectum reddatur testimonium, quãuis de seueritate iuris non sit improbatum, arbitrio tamen iudicantis subijcietur, vt iustis de causis motus illud posset excludere, argumento l. 3. §. 1. vers. eiusdem, ff. de testibus. nam emancipatio, licet extraneum quodammodo effecerit, §. ceteris, Inst. de hæredum qualitate & ediff. ex ratione §. vltimi, Inst. de legitima agnatorum tutela, non proinde tamen tollere potuit naturalia sanguinis vincula, & consequentur affectionis incitamenta, l. iura sanguenis, ff. de regulis iuris. Vnde timor conspirationis, si alia concurrant adminicula non cessat. Et sanè, si septenarius numerus testium ad testamentum requisitus ex filijs emancipatis repleretur, eo ipso certe dubitarem de vltimo elogio taliter firmato executioni mandando. Nec Vlp. in dicta l. ad testium, dum plures emancipatos admittit, aliquid concludit contra supra positam explicationem, simpliciter enim inquit in testamento posset recipi concursum plurium filiorum emãcipatorum, ita, ut non restringantur ad numerum binarium non tamen declarauit ex illis posset impleri, vel quasi impleri integrum numerum aliàs requisitum ad testamentum, id scilicet arbitrio iudicis committens. Hanc etiam declarationem extende ad filios naturales, quos affectionis natiuæ ratio non deserit.

20 Deinde infertur, nostrum §. pater, ita gemine interpretatum † habere etiam locum in foro Canonico, cum contrarium decisum non appareat: & ita succedit regula cap. 1. de operis noui nunciatione. Immo, etsi in contrarium consuetudo actibus requisitis interuenientibus roborata non sit, de quibus glossa, & Doctores, in l. 2. C. quæ sit longa consuetudo, & in l. de quibus, ff. de legibus, ita debet semper, & vbique obseruari.

21 Infertur tertiò, nostrum † textum vt supra explicatum, procedere etiam in filio arrogato, vel etiam adoptiuo, in terminis in quibus transit in potestatem patris adoptiui, de quibus tradit originaliter Iustinianus in l. cum in adoptiuis, C. de adoptionibus: nam in omnibus istis speciebus verificãtur verba nostri textu, ibi: *necnon is in potestate, &c.* militat eadem ratio, tam respectu vnitatis personarum, quam affectionis, imperij, ac obedientiæ ex viribus patriæ potestatis resultantium, & ob id adoptiuum patrem in ius sine venia vocare non licebat, l. adoptiuum, ff. de in ius vocando. Ordinatio Lusitana, lib. 3. tit. 4. §. 1. Poterit itaque pater arrogator cum vno ex filijs arrogatis testis adhiberi; vel duo fratres arrogati; & non plures simul; secundum ea, quæ de naturalibus in potestate diximus.

22 Infertur quarto, † non solum habere locū in filijs, sed etiam in nepotibus in potestate, auus enim non nisi cum vno nepote, vel duo tantum nepotes sub eiusdem aui potestate, testes adhiberi poterunt in testamento; idque sentit Cæsar in nostro §. pater, ibi: *necnon is, qui potestate eius est, &c.* vbi non expressit gradũm, sed tantum potestatem, quæ in quouis gradu descendentium obtinet.

Quæ interpretatio cessat in Regno Portugalliæ, quia nepos extra potestatem auitam nasci tur: eius enim pater per nuptias legitimas liberatur à iure patriæ potestatis, Ordinatio Lu-
23 sitana lib. 1. tit. 87. §. 7. nisi prædictam † illationem intelligas in nepotibus ex filio arrogato; hi enim etiam illo iure in potestatem aui cadunt, sicut de iure communi, l. si paterfamil. 15. ff. de adoptionibus, §. illud proprium, Inst. eodem tit. ex ratione l. sic eueniet, ff. ad legem Iuliam de adulterijs; vel in nepotibus naturalibus plebei, ex patre quoque plebeio natis: nam cum hi in patris potestate alias sint, vt innuit Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 92. de qua Costa noster, in cap. si pater, 1. p. verbo, si absque liberis, nu 37. & verbo, absque deductione, nu. 8. quidquid contra sentiat insignis Regius Senator, & in Conimbricensi Academia Iuris ciuilis eximius, ac primarius professor Aluarus Vallascus Lusitanus tomo primo Consult. 94. Sequitur in aui potestate futuros, in qua eorum pater est, ex dispositione l. sic eueniet, vel si aptẽtur similes termini, secundū quos in potestate auita sint nepotes, veluti adoptione, vel arrogatione, argumento l. iubemus, 6. §. vlt. C. de naturalibus liberis, in specie l. 3. §. si quis filio, vers. idemq; est, ff. de bonorum possess. contra tabul. in omnibus enim istis casibus, nepotibus in potestate retentis apud Lusitanos etiam procedet noster §. pater, secundum nostram expositionem.

24 Infertur quinto; etiam † habere locum in liberis hominibus redemptis ab hostibus dum pretium redemptionis non soluunt: nam interim in potestate esse dicuntur, l. qui testamento, 20. §. 1. ff. de testamentis: vnde redemptor non nisi cum vno ex istis, vel duo tantum redempti poterunt ex vna familia in

testes

testes adhiberi in testamento extranei. hunc enim etiam etiam complectuntur verba illa nostri §. pater ibi; *necnon is, qui in potestate eius est, &c.* vbi qualitas eius, qui in potestate est, non exprimitur: vnde debet intelligi secundum latitudinem potestatis, quæ hos etiam comprehendit, dicta l. qui testamento, §. 1.

Sed obstat in primis huic illationi verbum illud, nostri §. pater, ibi: *pater*, quod est relatiuum ad filios tantum, vt supra comprobauimus; at isti redempti nequaquam loco filiorum censentur, ergo, &c.

Secundo obstat, quia ipsi redempti, interim dum pretium non soluitur, quasi serui existimari debent: cum redemptores pretio tradito videantur subrogari in locum capientium, qui domini erant, l. 3. vers. vlt. ff. de verborum significat. seruorum autem testimonium in testamentis nullatenus recipitur, §. testes autem, supra, hoc titulo.

25 Verù primæ obiectioni respondetur, † verbum, *pater*, verè quidem non verificari in redemptore respectu eorum, qui redempti sunt; attamen cum iste dominus non sit (ut statim dicemus) & simul in potestate habeat redemptos, donec pretium soluant, dicta l. qui testamento, §. 1. ista potestas magis in patriam, quam in dominicam vergit, quod innuit Vlp. in dicta l. qui testamento, §. 1. nam in principio dixerat, hæredem institutū in aliquo testamento, non posse esse testem, nec eum, qui in eius potestate est, (vt colligitur ex §. quas autem, infra eadem lege) & postea inquit: in potestate autem esse videntur redempti ab hostibus, donec pretium soluant. Supponit igitur esse aliàs habiles ad testificandum: si enim serui erant, non indigerent exclusione. Vel si referas dictum §. 1. ad proxime præcedentia verba, ibi: *si in potestate sit testatoris*, intelliges tunc excludi testimonium eorum, qui ab hostibus redimuntur, quando sunt in potestate testatorum, & tamen si serui essent, non restringeretur textus ad potestatem testatorū, cuiuscumque enim serui forent, testes esse non poterant, d. §. testes autem, Instit. de testamentis, l. filiusfamil. 16. ff. eodem titulo. ergo manifeste sequitur, eos quidem esse in potestate, & non dominica; potius igitur interim illorū pater, quam dominus redemptor dicendus est. & consequenter textus noster in illis debet obtinere quasi verbum, pater, aliqualiter verificetur; cum etiam præsumptio inductionis, conspirationis, & falsitatis ob præmium plenæ libertatis hic possit considerari; in qua præsumptione nititur ratio legis, quæ semper obseruanda est, vbicumque viget, l. 1. & ibi glossa, verbo consuetudinem, C. quæ sit longa consuetudo.

26 Ad secundum respondetur, † ab hostibus redemptos, etiam interim dum pretium non soluunt, in seruilem conditionem non detrudi, sed liberos manere probat dicta l. qui testamento, §. 1. l. 2. ibi: *magis in causa pignoris constituti, quam in seruilem conditionē esse detrusi videntur, &c.* in l. vltima, ibi: *habituros incolumem (si in ea nati sunt) libertatem, &c.* C. de captiuis & postliminio reuers. & hinc est, quod tale ius potest ijsdem redemptis legari, l. Senatus, §. vlt. ff. de legatis lib. 1. aliàs legatum seruo proprio, inutile est; instant Doctores per textum ibi, *in l. si optio serui*, 13. ff. de optione legata, cum alijs.

27 Infertur sextò resolutio † ad illam quæstionem: Vtrum decisio nostri §. pater, explicata, vt supra, procedat in alijs negotijs vltra testamentum, hoc est, an in alijs ex vna familia non recipiantur plures testes, quam duo, v. g. filius, & pater, aut duo fratres in eiusdem patris potestate constituti, sicut in testamento probauimus.

In hac quæstione Vlpianus in d. l. pater, ff. de testibus, aperte testatur, in alijs quoque negotijs testes ex vna familia in binario numero recipi posse, vt patet ibi: *testes vtrique in eodem testamento, vel in eodem negotio fieri possunt, &c.* quibus verbis innuit, non nisi duos adhiberi posse; idque adhuc, quasi iuris rigor contra niteretur, vt supra expendimus; Vel quia in tam coniunctis personis, idem velle, aut ratione affectionis, aut potestatis præsumitur. Vel quia ex dispositione iuris in l. vltima, C. de impuberum & alijs, &c. horum testimonium propter identitatem personarum, quasi vnius censetur, notat Viglius, in nostro §. pater, num. 3.

28 Ego autem † in prædicta quæstione distinguerem inter negotia quæ necessariò requirunt certum aliquem testium numerum, & ea, quæ non requirunt certum, aut solennem numerum.

In primo distinctionis membro. vltra duos, ad iuuandum certum illum testium numerū, ex vna familia adhiberi non poterunt, & hoc suadet Vlpiani mens, in d. l. pater, dum idem decidit in testamento, uel alio negotio, ibi: *testes vtrique in eodem testamento, vel eodem negotio fieri possunt, &c.* & cum constet testamentum certo testium numero indigere, aliqualiter innuit, se de negotijs agere, quæ certum testium numerum requirunt, vt in testamento requiritur.

In alijs vero negotijs, quæ certum numerum, aut solennem non exposcunt, puto ex eadem familia quotosquosque recipi posse, cum ea tamen fide, quæ iudici visa fuerit, iuxta l. 3. §. 1. ff. de testibus, ita tamen, ne regulariter

tale

tale negocium cum illo vnius familiæ testimonio terminatur; vnde, si negocium aliàs duorum testium numero dumtaxat egeret, vt generaliter euenit, quando aliud à lege non exprimitur, l. vbi numerus, & ibi Doctores, ff. de testibus, nequaquam reciperem patrem, & filium in potestate, vel duos fratres eiusdem familiæ pro testibus, quasi requisito numero impleto; nisi iudici de plena fide constiterit proba tio enim arbitraria est, dicta l. 3. §. 1. vers. tu magis, & vers. eiusdem, cum sequentibus.

29 Infertur tandem † interpretatio ad §. legatarijs. infra hoc tit. de testam. ordin. ibi: *& multo magis ijs, qui in eorum potestate sunt: vel qui eos habent in potestate, huiusmodi licentiam damus*; vbi legatarijs permittitur, vt possint esse testes in eodem testamento, & multo magis ijs, qui sunt in eorum potestate, &c. vt scilicet intelligatur ne ex familia legatarij, vltra duos testes exeant: nam in his terminis à fortiori militant, quæ supradiximus circa explicationem nostri §. pater; etenim poterunt plures filij in potestate (qui legitimum alias numerum impleant) conspirare de subijciendo testamento alicui, qui intestatus decessit, vel quasi posterius nuncupatiue condiderit, aut similiter: & consequenter attestari eorum parenti, vel fratri sub eiusdem patris potestate constituto legatum esse in tali testamento, quantum ipsi maluerint: vnde prædicta verba, apte sunt accipienda, ne scilicet vltra binarium numerum testes ex familia legatarij recipiantur in eo testamento.

30 Hinc deduces † vtilem, & elegantem declarationem ad Ordinat. Lusitanam, lib. 4. tit. 85. §. 1. in vltimis verbis, ibi: *E assi opoderano, ser a quelles, que esteuerè debaixo de seu poder.* id est; & similiter testes esse posterunt, qui in eorũ sunt potestate, vbi Ordinatio loquitur in terminis, de quibus egerat dictus §. legatarijs, in fine, vnde debet intelligi, secundum ea, quæ ad eundem notauimus, vt scilicet ex familia legatarij numquam producti testes ad testamentum, ex quo legatum relinquitur, excedant binarium numerum, cum ita reddatur conformior iuris principijs: aliter enim possent suboriri præfata incommoda, satis quieti reipub. & politico regimini perniciosa.

SVMMARIVM.

Late agitur de intellectu & concordia l. Nesennius. 22. §. seruo, vers. sed & si, ff. ad legem Falcid. l. Iulianus, 26. ff. si quis omissa causa test. a n. 1.

Domino, cui seruus proprius substituitur, conceditur arbitrium eligendi ex qua causa velit succedere. a nu. 2. & nu. 16.

Nostra l. Iulianus, in prima specie solum procedit in patre, non verò in domino nu. 3.

In edicto, si quis omissa causa test. &c. quando præstanda sunt prima legata regulariter præferuntur ijs, quæ à secundo gradu vel causa dantur. num. 4. & 26.

Refertur, & roboratur conciliatio glossa, & Doctorum circa præfata iura. nu. 5.

Reprobatur dicta conciliatio. n. 6.

In edicto si quis omissa, &c. omnino requiritur fraus. n. 7.

Qui idem met instituitur, & substituitur, ex substitutione adiens, non incidit in edictum. nu. 8. cum sequentibus, & omnino num. 12.

Qui iustè omittit hæreditatem ex vna causa testamenti, & ex alia succedit, non incidit in edictum. ibidem.

Explicatur l. quæ autem, 6. §. planè, vers. nam si incidit, ff. si quis omissa, &c. num. 9.

L. licet Imperator, 74. ff. de legatis, lib. 1. habet locum in vno eodemq; instituto, & substituto. n. 10. in quibus terminis fit coturbatio omnium legatorum ex institutione, & substitutione relictorum. num. 11.

Explicatur nostra l. Iulianus, vers. vlt. num. 13.

Cur in edicto, si quis omissa, &c. respectu instituti qui est in potestate patris, vel domini, non consideratur voluntas adeundi, sed tantum impotentia, si pater, vel dominus aliàs vult succedere ab intestato vide nu. 14.

Nostra l. Iulianus, vers. vlt. procedit tantum in filijs in potestate, contra Bartol. n. 15.

Sine domino instituto substituatur eius seruus, siue è contra, semper domino regulariter censetur concessum arbitrium ex qualibet causa succedendi. a num. 16.

Regulariter non caret dolo, qui omittit propriam institutionem, & alienam amplectitur. nu. 17.

Explicatur l. si cui seruus, 25. ibi: si idcirco fecit, &c. *ff. si quis omissa, &c. nu. 18.*

L. 1. §. prætermittere, ff. si quis omissa, &c. habet locum, quando dominus, vel pater succedunt ab intestato, non uero ex substitutione. nu. 19.

L. 1. §. si proponatur, ff. hoc tit. etiam habet locum, quamuis in substitutione detur cohæres, vel alia legata ab eodem relinquantur. n. 20.

In dubio testator, qui scriptum hæredem etiam ab intestato onerat, non censetur permittere, vt possit omittere causam testamenti. n. 21.

Secus in vno, eodemque hærede instituto, & substituto, quamuis in substitutione alia legata relinquantur, num. 22. cum seq. vbi ratio differentia redditur.

Explicatur l. conficiuntur 8. ibi: quoniam creditur, &c. *ff. de iure codicill. n. 23.*

Explicatur l. si ab instituto, 11. ibi: possideant lege. *ff. si quis omissa, &c. ibidem.*

Proponitur casus vbi in dubio censetur permissa potestas hæredi scripto, vt omissa causa testamenti, succedat ab intestato, si aliàs potest. n. 24.

Explicatur nostra l. Iulianus in prima specie. n. 25.

Qua-

Quando institutus dominus, cui seruus substituitur, incidit in hoc edictum, & ab vtroque legata sunt relicta, praeferuntur prima legata à domino instituto data: quando vtraque excedunt dodrantem. num 27.

Seruus est instrumentum domini animatum. ibidem.

Explicatur l. cui seruus 25. ibi: & quam hæres est. *ff. si quis omissa, &c. ibidem.*

Explicatur dicta l. cui seruus, ibi: vtraque præstabit, *num. 28. cum praecedenti.*

L. quia autem, 6. §. plane, vers. nam si incidit, ff. si quis omissa, &c. etiam habet locum in diuersis personis, omittentis scilicet, & possidentis, si possidens fuit fraudis particeps. nu. 29.

Possessor hereditatis, qui fraudem participauit, incidit in sententiam edicti. ibidem.

Reprobata sententia Placentini, & Petri veterum glossatorum. nu 30.

Explicatur l. 2. ff. si quis omissa, &c. n. 31.

Explicantur l. si non solus, 10. in fine principij, ff. si quis omissa, &c. & l. 1. vers. vlt. C. eodem, & conciliantur cum l. 2. ff. eodem tit a nu. 32.

Fortius delinquit, qui dat pecuniam ad fraudandum, quam qui accipit. n. 33.

Explicatur l. 3. si quis omissa, &c. n. 33.

Qui pretium accipit, vt omittat hereditatem, aliqualiter illam possidere creditur iuris censura. ibidem.

Explicatur l. si eadem, 20. ff. si quis omissa, &c. num. 36.

Explicatur l. si eadem, 33. ff. de legatis, lib. primo. num. 37.

Explicatur l. si quis pecuniam, ff. si quis omissa, &c. num. 38.

Cur actio, quae ex hoc edicto datur contra tertios hereditatis possessores fraudis non participes, dicatur vtilis, siue ex sententia edicti, aut Praetoris. vide late. n. 39.

Reprobatur glossa dum putat actionem huius edicti semper esse vtilem ex testamento. nu. 40.

Reprobatur Bart. qui putat actionem huius edicti esse simpliciter Praetoriam. n. 41.

Fraudolentus omissor hereditatis (quando possessor non fuit particeps fraudis) tenetur omnino, directo, & in solidum, legatis ab ipso relictis. num. 42.

Quod etiam intellige, quando omissor nullum lucrum sentiat. ibidem.

Reprobatur Glossa, & Bart. n. 43 cum praecedenti.

Proponitur casus in quo fraudulentus omissor non tenetur directo, nec in solidum, quamuis successor fraudis particeps non sit. ibidem. vers. hoc autem.

Qui succedit sine fraude, nullatenus tenetur ad ea, quae relicta erant à fraudulento omissore, à nu. 44 & si allegetur participatio doli, probari debet. ibidem.

Proponitur casus, in quo succedens sine fraude teneatur etiam ad legata relicta à fraudulento omissore. ibidem. vers. praedicta.

Explicatur dicta l. si quis pecuniarum, in vers. vbi vero gratis. nu. 45.

Explicatur dicta l. si non solum, ibi: nec enim aspernari debet, &c. *nu. 46.*

Reprobatur glossa sententia. n. 47.

Explicatur l. ex qua persona, ff. de regulis iuris. ibidem.

Explicatur l. apud Celsum, §. si quis autem, ff. de except. doli. n. 48.

Explicatur nostra l. Iulianus, in prima specie, num. 49.

Aliquando pater, & filius in potestate censentur diuersae personae ad aliquot iuris effectus, ibidem.

Filiusfami. ex sua persona capax est, & acquirit, licet in patrem transferat. n. 50.

Cur in nostra l. Iulianus, in prima specie, actio, quae cõtra patrẽ datur dicatur ex sententia edicti. n. 51.

Cur ibidem praeferantur legata à filio substituto. num. 52.

Dicta l. quia autem, §. plane, vers. nam si incidit, quando extenditur ad casum, quo alius omittit, & alius possidet quomodo intelligi debeat. num. 53.

Cur in nostra l. Iulianus, in prima specie, pater non teneatur in solidum primis legatarijs ratione propria fraudis. nu. 54.

Conciliatio nostrae l. Iulianus. §. seruo, vers. sed & si cum dicta l. Iulianus, in prima specie. nu. 55.

Eleganter limitatur nostra l. Iulianus, in prima specie. num. 56.

Explicatur nostra l. Iulianus ibi: non enim caret dolo pater, &c. *n. 57.*

In edicto, si quis omissa, &c. semper quaedam legata, aut fideicommissa alijs praeferuntur: & regulariter priora posterioribus. n. 58.

Explicatur dicta l. quia autem, §. plane, vers. nam si a vero non incidit, ff. si quis omissa, &c. n. 59.

An ex eo solo, quod testator repetat ab intestato fideicommissa, & alia subiungat, videatur permittere scripto, vt possit omittere ex testamento, & succedere ab intestato? nu. 60.

Negatiue esse respondendum probatur nu. 61.

Qui omittit causam testamenti, & ab intestato possidet, in dubio praesumitur dolo id fecisse. nu. 62.

Eandem quaestionem, & resolutionem intellige, quando in testamento apponitur clausula codicillaris. nu. 63.

Explicatur dicta l. quia autem, §. plane, vers. sin vero non incidit, n. 64.

An edictum hoc, si quis omissa causa test. &c. maneat hodie incorrectum? & affirmamus. à n. 65.

Auth. Hoc amplius, C. de fideicommissis, & corpus vnde sumitur, intelligitur herediate adita. n. 66.

Auth. de heredibus, & Falcidia. § si vero expressim, collat. prima, procedit tantum in casu, de quo loquitur. num. 67.

Quali-

Quolibet diminutio in partre debita à testatore facta, praestat iustam causam omittendi haereditatem ex testamento, quin offendatur edictum. num. 68.

Notatur iniusta Bart. sententia. nu. 69.

CAPVT IV.

Conciliatio ad Iulium Paul. lib. 17. quaest. in l. Nesennius, 22. §. seruo, vers. sed et si, ff. ad legem Falcid. & Aemilium Papinian. lib. 16. quaest. in l. Iulianus, 26. ff. si quis omissa causa testamenti, &c.

1 INquit Paul. † *Sed et si dominus omissa haereditatis aditione, seruum sibi substitutum adire iussit, prius erogentur, quae ab ipso domino data sunt; tunc eorum, quae a seruo relicta sunt, ratio initur, si patitur Falcidia, &c.*

Immo, prius ineundam fore rationem eorum, quae à seruo substituto, quam quae à domino relicta sunt, sensit Papin. in d. l. Iulianus, vers. sed si, vbi ita inquit: *Iulianus scribit, qui filiam sibi substitutam iussit adire haereditatem, legata quae ab ipso data sunt, ex sententia edicti praestaturum: quoniam filia patri substituitur in casu, non vt arbitrium eligendi relinquatur. Sed si varia legata supra dodrantem data sint, eorum prius rationem habendam, quae à filia relicta sunt, &c.* ergo a substituto data prius praestari debent.

Vtraque decisio, vltra quam quod inter se certent, peculiares patitur difficultates: nam contra Iulium Paul. facit l. 1. §. si proponatur, ff. si quis omissa causa testam. vbi institutus, & substitutus simul, si haereditatem praetermittit ex institutione, amplectaturque ex substitutione, non incidit in edictum, & solum ex substitutione praestabit legata, & fideicommissa, quasi testator hanc ei dederit facultatem, qui eundem sibi substituit; ergo similiter

2 † domino, cui seruus proprius substituitur, concessum arbitrium eligendi videtur, num ex institutione, aut ex substitutione velit adire: nam seruus ob id domino substituitur, ne cogatur dominus suo nomine adire; quod aliquando iustis de causis poterit contingere, si forte defunctus sit abiecta persona, vt generaliter docet Vlp. in l. quia autem, §. non simpliciter, ff. si quis omissa causa testam.

Nec tunc obstabit dicta l. Iulian. ibi: *quoniã filia patri substituitur in casu, non vt arbitrium eligendi relinquatur,* &c. quia † procedit tantum

3 in terminis, de quibus loquitur, scilicet in patre, cui in casu, quo prius decedat secundum votum parentum, vt inferius ait idem textus ibi: *quia contra uotum parentum,* &c. vbi eleganter explicat glossa, & l. scripto, vers. vlt. ff. vnde liberi. Vel aliter non possit haeres fieri, filia substituitur: persona enim per se semper, & capax consideratur, ut infra latius ostendetur. At in seruo substituto, cum eius respectu eesset votum domini praedecedere malentis; immo vitam seruorum respectu propriae, dominus flocci pendat, potius debet considerari, vt arbitrium eligendi domino relinquatur, quam substitui in casum a cessante ratione dictę l. Iulianus, eo maximè, quia per se nunquam consideratur, sed mutuata capacitate domini, l. si mihi & tibi, 2. §. regula, ff. de legatis lib. 1. vnde magis dominus (cuius capacitas inspicitur) quam seruus substituitur quoad hunc effectum: & ita quodammodo in eiusdem persona institutio, & substitutio consideratur, & consequenter cessabat edictum, secundum dictam l. 1. §. si proponatum, licet quoad alios effectus multum intersit, an institutio, vel substitutio fiat in seruo, aut in domino, ut constat ex l. qui liberis, 8. §. haec verba, ff. de vulgari, l. qui haeredi, 44. ff. de conditionibus, & demonstrat. vbi ratio redditur.

4 Contra Papinianum † vero insurgit Vlp. il l. quia autem, 6. §. plane, ff. si quis omissa causa testam. ibi: *magis est, & ita distinguamus, multum interesse, vtrum incidit in edictum haeres an non: nam si incidit, praeferendi erunt hi, quibus testamento relicta fuerunt quaedam,* &c. ergo in dicta l. Iulianus, prius ineunda erat ratio eorum, quae à patre relinquebantur, qui in edictum incidit; quam relictorum a filia substituta.

5 Accurtius † verbo prius, in dicta l. Iulianus, & verbo, domino data, in dicto §. seruo, vers. sed etsi, secure putat in vtroque textu prius soluenda esse legata, quae relicta sunt ab eo, qui omisit institutionem, quam quae a filio, vel seruo substituto: propterea autem in dicta l. Iulianus, hunc ordinem fuisse conuersum, quia agebatur de Falcidia detrahenda ex eo, quoad dodrans non patiebatur integram praestationem vtrorumque legatorum; & cum hac conciliatione alijs reprobatis, quae nimiũ absonae sunt, transit Bart. in dicto vers. sed etsi, & communiter Doctores.

Hanc concordiam innuere videtur textus in dicta l. Iulianus, ibi: *sed si varia legata,* &c. vbi separato dodrante a legatis, prius sit praestatio

ſtatio relictorum à ſubſtituto, quam ab inſtituto. Deinde aliqualis ratio ſuadere videtur: nam de rigore illis tantum legata debebantur, quibus relinquebantur ab eo gradu, in quo verſatur hæreditas; non verò, quæ dabantur ab omiſſo, & deſerto, lege ſi quis omiſſa 17. ff. ſi quis, omiſſa cauſa teſtamen. lege quia autem, 6. §. ſi patronus, ſupra, eodem titulo, l. 2. verſ. vlt. C. eodem, ergo ſi ex æquitate huius edicti etiam prima legata ſoluenda ſunt, id debet intelligi ſine præiudicio eorum, quæ de rigore etiam præſtari debebant. & hæc forſan fuit Papiniani mens in dicta l. Iulianus, verſ. ſed ſi varia.

6 Verum hanc gloſſæ, & Doctorum † conciliationem eneruat omnino Vlp. in dicta lege quia autem, §. planè, ibi: *nam ſi incidit: præferendi erunt hi, quibus teſtamento relicta fuerunt quædam*, &c. vbi etiam quando patrimonium non patitur integram omnium legatorum, & fideicommiſſorum præſtationem, præferuntur illa prima, quæ ex edicto debentur, & quod patrimonium ſeparatũ ſit, ſatis oſtendit mentio prælationis: perperam enim ageretur de præferendo, quando in concurſu omnibus ſatisfieri poterat. Idem etiam contra diſtinctionem ordinariorum euincit dictus verſ. ſed etſi, vbi expreſſim agitur de Falcidia detrahenda, & conſequenter de prælatione legatorum; & tamen inquit, prius eroganda fore, quæ à domino data ſunt.

7 Pro vera † igitur concordia, & huius edicti cognitione præmittendum eſt primo, in edicto ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti, requiri omnino calliditatem & fraudem omittentis, probat l. 1. in princ. ff. ſi quis omiſſa, & c. ibi: *& eorũ calliditate occurrit*, &c. & patet ex toto tit.

8 Vnde ab † hac regula excipitur ille, qui idemmet inſtituitur, & ſubſtituitur, eo enim ipſo videtur teſtator eidem facultatem dare omittendi hæreditatem ex inſtitutione, quo caſu ceſſat fraus omittentis, nec poteſt dici circumuenta voluntas defuncti; & ita expreſſit Vlp. in l. 1. §. ſi proponatur, ff. eodem titulo, & conſequenter, ſi vt inſtitutus omittat, tamquam ſubſtitutus non manebit obſtrictus legatis à ſeipſo, vt inſtituto relictis, expreſſit Vlp. in l. quia autem, 6. §. non ſimpliciter, ff. eodem. ibi; *Non ſimpliciter autem Prætor pollicitus eſt, ſe daturum actionem, ſed cauſa cognita: nam ſi ne inuenerit teſtatorem huius rei auctorem eſſe, ipſumque permiſiſſe ab inteſtato ſuccedere; aut ſi qua alia iuſta cauſa omittendi interuenerit, vtrique non dabit actionem in eum legatorum*, &c. & in §. ſi patronus, infra eadem l. ibi: *alter enim non eſſe patronum cogendum legata præſtare: neque enim interdictum eſt, vt quis omittat hæreditatem, ſi ſine fraude fiat*, &c.

9 Sed obſtat † textus in dicta l. quia autem, §. plane, ibi: *ſin verò non incidit; quia hac fuit teſtatoris voluntas, ut daret ei facultatem, & ab inteſtato ſuccedendi; vel quia alia cauſa interceſſit, quæ ſecundum ea, quæ ſupra ſcripta ſunt, non offendit edictum, dicendum eſt contribui fideicommiſſa debere, quaſi exæquata*, &c. Ex quibus verbis, iunctis ſupradictis, ſequitur, quod quando quis vtitur facultate teſtatoris, nec incidit in edictum, etiam legata ex teſtamento præſtat, & ſimiliter relicta ab inſtitutione.

Verum ſuprapoſita exceptio ſecurè ſtat, nec refragatur allatus textus; nam in eo non agebatur, an vtens facultate defuncti ab inteſtato, ſuccedendo, teneatur etiam legata ex teſtamento præſtare? ſed ſuppoſito, quod voluit vt præſtarentur (vt conſtat ex eodem textu ibi: *ſi iyſdem & ex teſtamento legata, & fideicommiſſa ab inteſtato fuerint relicta, & præterea aliis fideicommiſſa*, &c. vnde apertè colligitur, iiſdem perſonis ab inteſtato reliquiſſe fideicommiſſa, quibus ex teſtamento legauerat; nec enim legata ab inteſtato relinqui poterant, §. præterea, Inſt. de fideicommiſſ. hæredit.) an eſſent contribuenda cum aliis fideicommiſs. etiam ab inteſtato relictis. an uerò prius deducenda? & reſpondet Vlp. contribuenda, & exæquanda omnia fore, quia prælatio legatorum ſolum habet locum, quando hæres incidit in edictum.

10 Adhuc † prædictæ exceptioni iterum obſtat l. licet Imperator, 74. ff. de legatis, lib. 1. vbi legata ab inſtituto relicta cenſentur repetita à ſubſtituto: quæ etiam regulariter militat in vno, eodemque inſtituto, & ſubſtituto ſimul, ergo ſicut diximus in dicto §. plane, verſ. ſin vero non incidit, vtraque fideicommiſſa ab inteſtato deberi, & fore contribuenda, & exæquanda; ita etiam dicendum eſt, omittente hærede tanquam inſtituto, & adeunte ex ſubſtitutione, ex tacita voluntate defuncti vtraque legata eſſe præſtanda, dicta l. licet Imperator, & conſequenter exæquanda, argumento dicti verſ. ſin vero non incidit; ſi etiam legata in ſubſtitutione reliquit teſtator aliis perſonis.

Nam reſpondendum eſt, quod quando diximus, ſi idem inſtitutus, & ſubſtitutus proponatur, & vt inſtitutus omittat, non manere obſtrictum legatis à ſeipſo inſtituto relictis: intelligimus ex vi edicti, ſi quis omiſſa cauſa

11 teſtamenti, &c. alioquin † enim ſi ex voluntate expreſſa, vel tacita teſtatoris, in ſubſtitutione repetitio inducatur, non dubitamus tũc prima legata præſtanda à ſubſtituto, & contribuenda cum aliis, ſi alia in ſubſtitutione dentur, & ob id forſan Vlp. in dicto §. planè, dum requirit repetitionem fideicommiſſorũ,

loquitur

loquitur dumtaxat in successione ab intestato, vt patet ex litera, quam supra expendimus: nam legata relicta in testamento aliter non sustinebantur eo destituto, l. eam, quam, C. de fideicommissis, cum alijs; non tamen loquitur in successione testamentaria, id est, in vno eodemque instituto, & substituto: nam legata ab instituto relicta, regulariter a substituto repetuntur ex tacita defuncti voluntate, dicta l. licet Imper. & in his terminis arbitrium eligendi à testatore concessum, illud operabitur, quod hærede ex substitutione adeunte, prima, & secunda legata contribuantur, & exæquentur: quod aliter fieret, si hæres in edictum incideret, vt vtrumque probat Vlp. in d. §. planè.

12 Aptari † tamen adhuc possunt termini, in quibus dictus hæres ex substitutione non maneat obstrictus ijsdemmet legatis, quibus ex institutione tenebatur. v. g. si ijsdem personis aliud diuersum relinquatur à substitutione: vel in substitutione cesset causa, ob quam ab institutione legatum erat: vel si primus legatarius, in substitutione cohæres fiat, in his enim casibus, & similibus, non censebitur inducta repetitio in dubio, iuxta dictam l. licet Imper. nec consequenter manebit obstrictus, substitutus, quamuis idem vt institutus omittat: vtitur enim facultate defuncti: aliter, ea scilicet deficiente, incideret in edictum, & ex eius vi teneretur, etiam in proximè relatis terminis, propter generalem determinationem l. 1. ff. si quis omissa, &c. iuncta regula l. in fraudem, 15. §. vlt. in fine, ff. de testamento militis, & ita innuit Bart. in l. vlt. nu. 4. ff. si quis omissa, &c.

Præfatam exceptionem sic explicatam, ampliа primò; vt non solum procedat, quando vnus, & idem instituitur, & substituitur, verum etiam quando apparet quælibet alia testatoris coniecturata voluntas arbitrium eli-
13 gendi permittentis, v.g. quando † filius in potestate instituitur, & pater ei substituitur: nam tunc pater poterit omittere hæreditatem ex institutione filij, non iubendo adire, siue repudiando, iuxta terminos l. is qui, 13. §. vlt. ff. de acquirenda, vel omitt. hæredit. & eandem ex sua substitutione acquirere, nostra lege Iulianus, vers. vlt. vbi rationem reddit, ibi: *quia nemo filia patrem contra votum parentum substituere videtur, sed vt arbitrium eligendi relinquat*, vbi ex naturali isto parentum educitur coniectura, ne substitutio videatur facta in casum impotentiæ ex parte filiæ, vt ibidem notat glossa, verbo, votum, sed potius noluntatis ex parte patris, qui debet iubere vt adeat, lege qui in aliena, ff. de acquirend. hæredit. cum alijs; & ita eligendi facultas patri data censetur.

14 Cur autem † Papinian. in dicto vers. vlt. totum retulit ad uotum parentum; cum filius non morte tantum, sed noluntate etiam potuisset in effectu hæreditatem abijcere ex sua institutione, lege 3. C. de hæred. instit. & in spetie probatur in lege vlt. §. sin autem in secunda. C. de bonis quæ liberis, &c. vbi dum nouè constituitur, vt recusante filio possit pater adire, colligitur manifestè aliud antea obtinuisse.

Huic interrogationi satisfacies si dixeris, in edicto si quis omissa, &c. non considerari recusationem eorum qui sunt in potestate: quasi calliditate potius patrum, vel dominorum id fiat, quàm ex contumacia filij, aut serui, vt patet ex lege 1. §. prætermittere, ff. si quis omissa causa testamen. ibi: *sed compellendus erit seruus hoc facere*, &c. quasi sibi imputet pater, vel dominus, qui filium, aut seruum tam proteruos habet, ac ceruicosos, quod ius non præsumit, notat glossa, verbo, sed compellendus, in dicto §. prætermittere, & satis innuit Marcellus Iuris consultus, in lege excusatus, 5. ff. eodem titulo, ibi: *& per quemcumque casum non potuerit iussu domini adire*, &c. vbi nequaquam meminit noluntatis serui, immò eandem exclusit, vt ibidem contra Rogerium tenuit glossa.

An autem hæc ampliatio procedat etiam, quando pater instituitur, & filius substitui-
15 tur, infra discuties. Interim † declarabis hanc ampliationem collectam ex dicta lege Iulianus, vers. vlt. procedere tantum in filijs in potestate, quidquid ibidem dicat Bartol. num. 3. alioquin enim nulla dubitandi ratio aptari posset dicto vers. vlt. occasione edicti, si quis omissa causa testamenti, &c. nisi pater potuisset iubere filio, vt adeat, & non iussit, iuxta dictum §. prætermittere; qui solum procedit in ijs, qui sunt in potestate, dicta lege qui in aliena, cum similibus: nam si pater substitueretur filio emancipato, iam non ratione deficientis iussus paterni, qui quoad emancipati aditionem, non requiritur, dicta lege qui in aliena; sed collusionis tantum, dubitari posset, an pater in edictum incidisset, eo maxime, quia in dicto vers. vlt. dicitur, arbitrium eligendi patri datum censeri, quando filiæ substituitur, vt scilicet vel ex institutione filiæ, vel ex sua substitutione adeat: hoc autem arbitrium respectu filij emancipati in patre considerari nequit, cum sit persona diuersa, & liberè possit ex sua institutione adire posthabito arbitrio paterno.

16 Amplia † secundò dictam exceptionem, vt etiam procedat in domino instituto, & eidem substituto proprio seruo, vel è contra:

nam in his casibus regulariter domino liberum erit, vel repudiare ex sua persona,& iubere seruum adire ex substitutione, vel è conuerso, vt iam supra notauimus: etenim omittere ex propria persona ex eo potest, quando instituitur: tum quia iusta potest dari causa, ob quam ipse nolit esse hæres defuncti, & illius personam repræsentare, quæ iusta causa liberat edicto, l. quia autem, 6. §. non simpliciter, ff. si quis omissa, &c. ibi: *aut si qua alia iusta causa omittendi interuenerit*, &c. & ob id forsan testator seruum proprio domino substituit, vt dominus eligat viam succedendi: tum etiam, quia cum serui capacitas pendeat à capacitate domini,& secundum eam reguletur, l. si mihi, & tibi, 12. §. regula, ff. de legatis, lib. 1. quod in seruo disponitur, in domino disponi videtur, vt supra tetigimus, & infra latius probabitur; vnde dominus, cui seruus substituitur, videtur institutus, & substitutus idem; & ita procedit dictus §. si proponatur.

Si tamen seruo instituto dominus substituitur, tunc omninò cessat edictum: quia vellet dominus honorem proprium amplecti, in quo fraudem non incurrit, cum per contrarium
17 regulariter non careat dolo, qui † proprium honorem omittit, dicta lege Iulianus, ibi: *non enim caret dolo pater, qui honore proprio omisso, propter compendium alienam institutionem maluit*, &c. vel etiam confirmatur ex vers. vlt. dictę l. Iulianus, vbi idem deciditur in patre; & quamuis illud votum commune parentum, propter quod pater non censetur substitutus in casum mortis filij instituti, ex supra dictis, non possit considerari in domino respectu serui, vt generaliter notat Bart. ibidem, n. 3. non tamen debet testator, nec præsumitur substituisse dominum in casum mortis serui instituti, quem dominus forsan charum habet,& cuius amissione deminuitur eiusdem domini patrimonium, præcipuè, cum talis mens, & intentio testatoris nullo bono affectu nitatur: nam & à domino etiam mortuo capacitatem seruus mutuatur. §. seruus etiam alienus, post domini, Instit. de hæredibus instit.

18 Vnde iam inferes † interpretationem ad l. cui seruus, 25. ff. si quis omissa, &c. ibi: *si idcirco fecit ne legata præstaret*, &c. vbi in specie, qua dominus instituitur,& substituitur eius seruus, non aliàs dominus tenetur vtraque legata præstare, scilicet relicta ab institutione,& substitutione; nisi si idcirco omisit ex sua persona, ne legata præstaret, ergo regulariter præsumitur domino concessa facultas eligendi, cum non ex eo, quod omittat hæreditatem ex institutione sibi facta, sed ex eo, quod animum habuit fraudandi legatarios, incidat in edictum; & ideo legatarij probare tenebuntur, nullam præextitisse iustam causam, ob quam dominus noluit adire ex sua institutione, nisi in necem legatariorum, secundum ea, quæ tradit Bart. in l. vlt. nu. 2. ante finem, ff. si quis omissa, &c. constito autem de calliditate domini, locum habet hoc edictum; & ita procedit dicta l. cui seruus, & dicta l. Nesennius, §. seruo, vers. sed & si.

Huic autem, & præcedenti ampliationi, in quibus diximus patrem substitutum filio, & dominum substitutum seruo posse omittere
19 institutiones † filij,& serui, ac proprias amplecti, obstat l. 1. §. prætermittere, ff. si quis omissa, &c. ibi; *prætermittere autem causam testamenti videtur, qui cum possit iubere noluit id facere*, &c. nec excusatur dominus, si seruus dicto audiens non fuerit, vt patet ibi: *sed compellendus est seruus hoc facere*, &c. quia semper præsumitur dolo & collusione eius, seruum omisisse; & similiter idem dolus, & calliditas potest presumi respectu filiorum, vt supra ostēdimus.

Responde enim, dictum §. prætermittere, procedere in terminis, quibus dominus, vel pater aliàs ab intestato succedere volunt: quo casu omnino refragantur voluntati defuncti, illamq; circumueniunt; at quando succedunt ex substitutione, facultas eligendi à testatore censetur data, siquidem illis viam succedendi libere aperuit, ut suadetur ex ijs, quæ infra dicemus; & tunc succedit regula l. quia autem, 6. §. non simpliciter, ff. si quis omissa, &c.

Amplia tandem præfatam exceptionem, vt scilicet vnus, & idem institutus, & substitutus, possit omittere institutionem,& ex substitutione adire, quin incidat in edictum si quis
20 omissa, &c. quamuis † in substitutione habeat cohæredem; vel insuper alia legata, siue fideicommissa reliquerit; nam adhuc in his terminis procedit generalis determinatio l. 1. §. si proponatur, ff. si quis omissa, &c. sentit Bart. in l. quia autem, n. 4. infra eodem. Huic tamen ampliationi refragari videtur nuper citata l. quia autem, 6. in fine principij, satisfacies ex infra proxime dicendis.

Suprapofita, & hucusq; ampliata exceptio
21 non serpet ad eum casum quo testator † hæredem scriptum, & aliàs ab intestato succedere valentē, in codicillis quasi ab intestato onerat, vt fideicommissa quibusdam præstet; etenim hic casus manet sub regula: nam licet scriptus videretur primo aspectu ex voluntate testatoris posse omittere ex testamento, argumento d. l. 1. §. si propouatur, nihilominus tamen callide omittit,& remittente voluntate testatoris vt expressit Vlp. in d. l. quia autē, 6. in fine principij, ibi: *cogatur omnimodo legata præstare; nec enim vtique ei omittere hereditatem permisit, qui fideicommissa ab eo relinquit ab intestato*, &c.

& ibidem

& ibidem notat Bart. num. 1. & Bald. in Rubrica, C. eodem tit. vbi ex eo, quod ab intestato venientis testator fideicommisit, deducit I. consultus, scriptum hæredem omisisse hæreditatem ex testamento reluctante mente defuncti, & nisi alia iusta causa intercessisset, in edictum incidisse.

22 Nec obstat † similitudo eiusdem instituti, & substituti, qui omissa institutione non incidit in edictum, adeundo ex substitutione, quãuis ab eo gradu alia legata, siue fideicommissa relinquantur: nam ratio differentiæ est, quia legitimus hæres iure proprio, & legali vocatione ab intestato succedit. Vnde si idem scribatur in testamento hæres, & ab eo legata dentur, quando postea codicillis factis iterum rogatur ab intestato, non censetur eidem datum arbitrium eligendi successorem, sed potius testator præcauet, vt si scriptus omissa causa testamenti velit iure proprio succedere teneatur fideicommissa præstare. At qui idemmet institutus, & substitutus est, quolibet modo succedat, semper succedit ex voluntate testatoris tantum, aliàs non successurus: & ideo nihil mirum, quod ex substitutione adiens non incidat in edictum, quamuis testator alia legata ab eodem substituto reliquerit. Quam differentiam inter succedentem ab intestato, vel ex substitutione; quoad propositum in effectu tradit Bart. in dicta l. quia autem, n. 4.

23 Nec huic † discrimini repugnat l. conficiuntur, 8. ff. de iure codicillorum; vbi qui rogatur ab intestato, quasi scriptus, & ex mente defuncti succedere videtur: dum adimere potuit, & non adimit l. 1. §. sciendum, ff. de legatis., lib. 3. ergo idem quod dicitur in vno, eodemque instituto, & substituto, debet intelligi in eodem scripto, & ab intestato rogato: vel è conuerso, quod est contra supradicta.

Etenim respondetur, quod licet ille, qui rogatur ab intestato succedere quodammodo videatur ex mente defuncti, dum ei non adimit, quod adimere potuit: non ob id tamen inficiundum est, cum iure proprio principaliter admitti ex dispositione iuris, l. 3. ff. vnde legitimi; in specie textus in l. si ab instituto. 9. ff. si quis omissa causa, &c. ibi: *omissa causa testamenti hæreditatem possideant lege*, &c. vnde voluntas testatoris rogantis ab intestato potius conseruat ius legitimi hæredis, quam largitur, innuit Vlpian. in d. §. sciendum, ibi: *vel dum eis non adimitur*, &c. & quoad effectum ut onerari possit, consideratur ac si ab spontanea defuncti voluntate acciperet, & ita procedit dicta lex conficiuntur, ibi: *sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur patrefam. sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem, &c.* At per contrarium qui succedit, siue ex institutione, siue ex substitutione, semper succedit ex primaria ac simplici voluntate testatoris, aliàs non successurus: & ideo nihil mirum, quod vtendo via, quam libere concessit testator, nullatenus incidat in edictum.

24 Tunc autem † diuisio dictæ l. 1. §. si proponatur, ff. si quis omissa, &c. procedit etiam ab intestato, id est, quando testator, ad eundem, quem scripsit in testamento hæredem, postea ab intestato codicillos facit: si modo in codicillis nullum onus iniungat: nam in his terminis censebitur ei concedere electionem succedẽdi, casu quo hæreditatem ex testamento nolit amplecti; idque confirmo a cessante ratione dictę l. quia autem, in fine principij, ff. si quis omissa, &c. nam si ex eo, quod testator ab intestato fideicommissa reliquit, non censetur hæredi scripto permittere, vt omittat ex testamento: bene sequitur, quod si fideicommissa non imponat permittere videatur.

25 Declaratur † tandem præfata exceptio, ne procedat, quando pater instituitur, & filius substituitur: nam in hoc casu, non videtur arbitrium eligendi concessum: & ita procedit nostra lex Iulianus, in prima specie: nam in casum substitutio fit, quo pater institutus non posset adire, mortalitate præuentus, (quod non est contra votum parentum, ex lege, scripto, vers. vlt. ff. vnde liberi, lege nam & si parentibus, ff. de inofficioso testamen.) aut simili causa. Alioquin si pater institutus proprio honore omiso, iubeat filium adire ex substitutione, incidet in sententiam edicti, dicta lege Iulianus, nisi iusta aliqua causa eum excuset, iuxta legem, quia autem, 6. §. non simpliciter, ff. si quis omissa, &c.

Nec obstat identitas personarum in patre, & filio, a iure inducta, ex lege vltima, C. de impuberum & alijs. secundum quam pater institutus, & filius in potestate ei substitutus, videbatur vnus, & idem institutus, & substitutus, & habere locum dictam legem 1, §. si proponatur, ff. si quis omissa, &c. satisfacies enim ex infra dicendis.

26 Deinde † principaliter prænotandum est, quod quando iuxta æquitatem edicti si quis omissa, &c. prima legata, aut fideicommissa sunt præstanda; & in secunda causa successionis alia concurrunt: verisque tamen in solidum non suppetunt facultates defuncti, tunc præferendi sunt primi legatarij, legis Falcidiæ beneficio intercedente: & si aliquid adhuc quadrante hæredis immutilato superfuerit, inter secundos fideicommissarios pro rata portione diuidetur, vt pro regula tradit Vlp. in l. quia autem, §. plane, ff. si quis omissa, &c. ibi: *nam si incidit, præferen-*

di erunt hi, quibus testamento relicta fuerunt quadam, &c. vbi, qui omisit causam testamenti, & ab intestato succedit, prius tenetur legatarijs ex testamento omisso in solidum satisfacere, quam fideicommissarijs ab intestato petentibus.

27 Quam † regulam (quæ de vno, eodemq; hærede diuerso iure succedente loquitur) amplia, vt procedat in domino instituto, & eius seruo substituto, (supposito scilicet, quod dominus incidit in edictum, ex eo quod habuerit animum fraudandi, iuxta supra dicta). Ratio est: quia in his terminis quodammodo vnus, & idem censetur institutus, & substitutus quoad huc effectum: tum, quia seruus nullam aliã induit capacitatem, nisi illam dominus habuit, vt diximus: tum, vel maxime, quia instrumentum domini censetur, vt inquit Aristoteles, lib. 1. Politicorum, dum dicit, instrumentorum alia esse inanima, alia animata: & pro animatis intelligit seruos. Comprobat eleganter Connanus, lib. 2. Commentariorum iuris, cap. 2. à nu. 1, & cap. 10. nu. 1. nouissime Hispanus Pichardo. in Rubrica, nu. 6. Inst. de stipulatione seruorum, & exprimit Vlp. in l. quæsitũ, 12. §. Alfenus, ff. de fundo instructo, vel instru. ibi: *Si quosdam ex hominibus alijs legauerit, cæteros, qui in fundo fuerunt, non contineri instrumento ait, quia nihil animalis instrumenti esse opinabatur; quod non est verum, constat enim eos qui agri gratia ibi sint, instrumento contineri* &c. quod generaliter intellige in seruis destinatis alicui negotio. & certum est, instrumentum operari in virtute alterius, cui totus effectus tribuitur: vnde quando dominus institutus omittit, & seruum suum sibi substitutum adire iubet: ipsemet dominus adire censetur mediante suo instrumento: ergo regula, quæ dictat, hæredem incidentẽ in edictum, si quis omissa, &c. teneri prius satisfacere primis legatarijs: habet locum in domino instituto, cui substituitur eius seruus, quasi tunc, vt vnus, & idem succedat; quam interpretationem mire innuit Celsus I. C. in l. cui seruus, 25. ff. si quis omissa, &c. ibi: *& qua hæres est, & qua omissa causa testamenti possidet ex substitutione hæreditatem*, &c. vbi propterea in prædicta specie onerat dominum ad præstationem vtrorumque legatorum, quia non solum ex substitutione serui possidet hæreditatem, sed quia etiam hæres est, hoc est, quia ipse quodamodo est idem hæres ex substitutione, qui antea erat ex institutione, quam omiserat: aliter enim carerent sensu dicta verba: *quia hæres est*. & reinciderẽt in sequentia, & ita procedit nostra l. Vesennius, §. seruo, vers. sed etsi, ibi: *prius eroganturt, quæ ab ipso domino data sunt*, &c.

28 Vnde inferes † declarationem ad dictam l. cui seruus, quæ solum inquit, dominum in edictum incidentem, quando iubet seruum sibi substitutum adire, teneri vtraque legata præstare: vt scilicet intelligatur, prius fore eroganda, quæ ab ipso domino instituto, quam quæ à seruo substituto relicta erant, ex vi suprapositę regulæ.

29 Ampliatur † secundò prædicta regula, vt procedat etiam in diuersis personis, v. g. quando institutus, qui omisit, est alius ab eo, qui ab intestato venit; vel ab eo, qui ex substitutione vocatur; dũmodo tamen qui succedit, sit particeps fraudis: nam tunc respectu fraudis vtrinq; incursæ, ille, qui succedit, videtur etiam edictũ incurrisse, vt probat Papin. in l. mater, 27. §. vlt. ff. si quis omissa, &c. ibi: *si fraudis consilio cum hæredibus scriptis participato, legitimã hæreditatem solus possideat, actio legatorum ex sententia prætoris dabitur*: Idem constituunt Imp. in l. 1. C. eodem tit. ibi: *vtilis actio aduersus eum, cum quo fraudis consilium participatum est, sibi competit*, &c. probatur tandem argumento textus in l. 4. §. 1. ff. si quis omissa, &c. ibi: *& hoc id egisse, vt omittatur hæreditas, doloq; id fecit, conueniri debet*. &c. & ibidẽ notat elegans glossa, verbo, conueniri; vnde constat hunc successorem fraudis participem incidere in edictum, & legatorum vtili actione teneri, tam eorum, quæ a gradu omisso, quam quæ ab eo relinquuntur, in quo manet hæreditas, & consequenter primi legatarij, seu fideicommissarij præferendi sunt, iuxta l. quia autem, 6. §. plane, ff. si quis omissa, &c. ibi: *nam si non incidat, præferendi erunt hi, quibus testamento relicta fuerunt quædam*, &c. nostra l. Vesennius, §. seruo, vers. sed etsi. Cur autẽ successor fraudis particeps vtili tantum actione, vel ex sententia edicti dicatur obstringi, infra ostendetur.

30 Interim † inferes deceptos fuisse Placentinum, ac Petrum glossatores antiquos, quos refert Accurtius, verbo, participatum, in dicta l. 1. C. si quis omissa, &c. & Bart. in l. 2. nu. 2. ff. eodem tit. non esse necessariam fraudis participationem, vt prædictus successor teneretur ex sententia edicti: nam contrarium verissimum est, & prædictos glossatores secure reprobat Bart. dicto num. 2. & nos infra latius dicemus.

31 Ex qua † secunda ampliatione iam primò infertur decidendi ratio ad Vlpianum, in l. 1. ff. si quis omissa, ex ibi: *mihi videtur humanior esse hæc sententia, vt possessor hæreditatis prius excutiatur*, &c. vbi propterea in diuersum successorem ab intestato, conceditur actio legatorum ex testamento omisso, quia fraudulenter se gessit: pretium enim dedit scripto hæredi, vt omitteret, vt patet ex

initio

initio eiusdem textus ibi: *pretio accepit prætermisit hæreditatem*, &c. hac autem pretij datione quodammodo incidit in edictum, ab intestato postea succedendo, argumento textus elegantis in l. 4. §. 1. ff. si quis omissa, &c. & præcipue iuncta declaratione Bart. ibidem, & consequenter dum prius excutitur tamquam incidens in edictum, prius quoque eroganda sunt, quæ ab scripto hęrede omittente relicta erant, quam quæ de legitimo, si testator codicillis ab intestato factis legitimum hæredem onerasset, casu, quo hæreditas ex testamento destitueretur, & ita succedet etiam eadem prælatio, de qua idem Vlp. in d. §. plane, vers. nã si incidit. Aduersus autem eum, qui omisit pretio accepto, etiam secundo loco actio datur ad similitudinem eius, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hæreditatem.

32 Verũ huic † illationi obstat Vlp. in l. si nõ solus, 10. in fine principij, ff. si quis omissa, &c. ibi: *nisi pecuniam accepit is, qui omisit causam testamenti, tunc enim in solidum tenebatur*, &c. & in l. 1. vers. vlt. C. eodem, ibi: *planè si pecunia accepta omisit aditionem, legata, & fideicommissa præstare cogitur*, &c. vbi pretio accepto solus omittens, non vero possessor adstringi videtur.

Pro conciliatione ariolantur vtrobique Accurtius, & reliqui, nec quid tolerabile afferũt: quapropter primo responderi potest, vt scilicet quando substitutus, aut legitimus hæres, fraudis sunt participes, primò excutiãtur, quia, vt probauimus, iuris censura in edictum inciderent, & ita procedat dicta l. 2. ipsi autem soluentes primis legatarijs, regrediuntur in hæredem, qui pecunia accepta omisit, quasi ipse in effectu possideat hæreditatem, & supposito hoc recursu intelligatur dicta l. si non solus, & dicta l. 1. vers. vlt. non enim precisè agunt de modo exequendi, sed effectu executionis: vt scilicet in omittentem vergat, quando pretio accepto omisit, sentit Bartol. in lege 4. ff. si quis omissa, &c.

Verum, cum in pari causa turpitudinis (in qua est omittens pretio accepto, & possessor pretio dato, iuxta supradicta) melior sit conditio possidentis, hoc est, eius à quo petitur, l. si ob turpem, 8. ff. de cõdictione ob turpem, &c. l. in hæredem, 5. §. 1. ff. de calumniatoribus; si alter soluit, videtur eidem denegandus regressus aduersus alterum; vnde aptius pro cõcordia generaliter intellige, quod omittens pretio accepto, de rigore iuris directo, & in solidum conueniri debebat à legatarijs, quasi possessor, ex infra dicendis, & secundum hanc iuris seueritatem procedat l. si non solus, & dicta l. 1. vers. vlt. at dicta l. 2. procedat ex æquitate: vt patet ibi: *mihi videtur humanior esse hæc sententia*, &c. humanitas autem ex eo deducitur; nam in ueritate possessor hæreditatis fraudem commisit, pretij datione, & in edictum incidit iuris censura, & consequenter teneri debet. Insimul omittens propter pretij acceptionem, etiam possidere videtur, & debet teneri, quasi callide hęreditatẽ omisisset. Si igitur ab alterutro effecto nõ soluendo, regressus ad alterũ fieri debet, vt legatatijs satisfiat, humanior sententia est, vt prius excutiatur verus
33 hęreditatis possessor, quia † a parte rei ipse fortius deliquit, dũ in necẽ legatariorũ pretio dato subornauit scriptum hæredem, ut omitteret hæreditatem, argumento l. 2. §. 1. in fine ff. de condictione ob turpem eius. deinde perueniamus ad omittentem.

34 Et si † verus hæreditatis possessor iã à principio apparet non soluẽdo, tunc directo conueniendus est, qui pretio accepto prætermisit hæreditatem; & ita etiam procedere possunt dicta l. si nõ solus, & dicta l. 1. vers. vlt. dum simpliciter dicunt omittentem conueniendũ fore.

35 Infertur † secundò, interpretatio ad Pomp. I. c. in l. 3. ff. si quis omissa, &c. ibi: *in vtrumque uestrum dandam, ut ei tamen cui ab vtroque legatum sit, in alterutrum detur actio*, &c. in quo duplex inspectio erit: prima, cur vterque obligetur; secunda, an aliqua prælatio legatariorum inducenda sit? ad primam satisfacit l. præcedens: nam licet prius possessor sit excutiendus, ut ibidem docetur, tamen etiam ad omittentem peruenitur: quia pretio accepto etiã possidere videtur, argumento eorum quæ tradit Vlp. in l. 4. §. vlt. ff. si quis omissa, &c. ibi: *si quis vendiderit hæreditatem, vtique possidere videtur, &c.* tam autem pretium habet qui vendidit, quam qui ob id omittit. facit etiam l. si seruum, 28. in princip. infra eodem tit. ibi: *cum per pretium serui, hæreditatis quoque æstimationem consequatur, &c.*

Quod attinet ad secundam inspectionem, dic præferendos esse illos, quibus ab instituto omittente legatum erat, ex regula Vlpiani, in dicta l. quia autem, 6. §. plane, vers. nam si incidit, ff. hoc tit.

36 Infertur † tertiò, elegans elucidatio ad Vlp. in l. si eadem, 20. ff. si quis omissa, &c. vbi ita scribit: *si eadem res diuersis personis ab instituto, & substituto fuerit relicta, non vterque, sed qui ab instituto accepit solus vindicabit*: vbi necessariò supponit institutum (a quo eadem res Titio prius legata fuerat) omisisse institutionem in fraudem legatarij eiusdemque participem fuisse substitutum: aliter enim non esset locus edicto, nec primo legatario actio competisset; cũ ille, qui sine fraude succedit, nequaquam teneatur ad legata relicta ab eo, qui per fraudem omisit, vt infra latissimè ostendetur. Cur au-

tem solus primus legatarius, non vero etiam is, cui a substituto eadem res legata est, petat? videndum nunc est: nam videbatur saltem pars eiusdem rei secundo legatario competere, ex regula l. si eadem res, 33. ff. de legatis, lib. 1. vbi, & cui secundo loco legatur eadem res, aliquando tota, semper tamen ad minus pars debetur.

Ceterum Vlp. in praesenti solum primum legatarium rem vindicaturum resoluit, & merito: nam uel mouetur ex eo, quod substitutus fraudis particeps fuit, ob quam institutus omisit, & tunc succedit regula dicti §. plane, vers. nam si incidit, vbi praeferuntur primi fideicommissarij: quia cum testator eandem rem secundo legatario det a substituto tantum, & cōmisso edicto perinde fit, ac si adiret institutus, qui aliàs omisit, l. si duo, 18. ibi; *atque si ex testamento hæreditatem adijsset*, &c. l. si dolo, 24. ibi: *quamuis prætor perinde in eum det actionem, atque si adisset hæreditatem*, &c. ff. si quis omissa, &c. iam solus primus legatarius vindicabit; cum rem petat ex causa, in qua non habuit concursum à testatore datum. At † di-
37 ctus l. si eadem res, 33. ff. de legatis lib. 1. procedit, quando in eadem causa testamenti voluntas defuncti secundo legatario assistit, cui tota debebatur, si a primo ademisse constiterit; alioquin pars: nam in his terminis semper ius magis fauet, & stat pro secundo legatario regula l. si mihi & tibi, 12. §. in legatis, ff. de legatis lib. 1.

38 Infertur † quarto interpretatio ad Vlp. in l. si quis pecuniam, 4. ff. si quis omissa, &c. ibi: *dicendum erit, locum esse utili actioni aduersus eum, qui possidet hæreditatem*, &c. & ibi: *possessorem debere conueniri utili actione*, &c. vbi concedit actionem contra legitimum, vel substitutum hæredem, cui gratiam conferens scriptus, vel primo loco institutus omisit hæreditatem.

In quo duo se offerunt discutienda: primum, cur teneatur possessor, in cuius gratiam omissa est ab scripto, hæreditas, licet in necem legatariorum, cum tunc potius ipse omissor teneatur, l. 1. §. vlt. ff. si quis omissa, &c. vbi idem Vlp. ita inquit: *si quis per fraudem omiserit hæreditatem, ut ad legitimum perueniat, legatorum petitione tenebitur*; eo maxime, quia nullus tenetur ex hoc edicto, quin fraudem aliqualiter incurrat, ut supra tetigimus, & infra latius probabimus.

Secundum, quid dicendum sit, si à substituto, vel legitimo hærede (in quorum gratiam omissa est hæreditas) legata, vel fideicommissa relinquantur, an præferenda sint ijs, quæ ab omittente data erant?

Quod ad primum attinet, breuiter responde: in d. l. si quis pecuniam, omittentem incidisse in edictum, & illos, in quorum gratiam omisit hæreditatem, fuisse fraudis participes; vtrumque probatur ex litera, de fraude omittentis, ibi: *& ideo si liquido constiterit, in necem legatariorum hoc factum*, &c. De participatione legitimi, vel substituti constat, ibi: dum vult præstitum ei, qui substitutus est, vel legitimo, & ibi: *nimia gratia collata*, & ibi: dum vult præstitum ei, qui se repudiante venturus est, non repudiaturus, nisi præstitum vellet, &c. quibus verbis ostendit I. consultus satis compertum fuisse, venturis hæredibus nimiam gratiam eius, qui fraude omisit, aliàs non omissurus. Insuper nimia gratia (de qua textus loquitur, & cuius acceptatores memores, ac certiores esse debebant) consistebat in eo, quod legatarij principaliter fraudarentur: nam aliàs gratiam non mediocrem conferret scriptus, si ab ipso aditam hæreditatem legatis solutis, postea ei, qui alias legitimus hæres, vel substitutus erat donasset hæreditatem, ff. de donationibus l. portionem, 12. l. teris alteri, 15. l. penult. §. sed & si quis vniuersitatis, C. de donationibus; nimietas ergo gratiæ versatur in eo, vt uberior, ac pinguior hæreditas ad legitimum, vel substitutum perueniret legatarijs exclusis. Vnde si quidem certi erant intentionis scripti hæredis, qui in necem legatariorum, simul & in nimiam sequentium gratiam omittebat, quam scientes acceptabant; iam participes, aut saltem fraudi consentientes dicendi sunt: & consequenter merito contra illos hæreditatem possidentes vtilis actio datur, tradit glossa, verbo, profuit, in fine, in l. si non solus, ff. si quis omissa, &c. & verbo legatorū, in l. quia autem, §. si patronus, ff. eodem. Bart. in l. 2. n. 2. ante finem, ff. eodē tit. vltra quæ participatio fraudis probatur aperte, ex dictis verbis, ibi: *si liquido constiterit in necem legatariorum hoc factum*, &c. quæ vtrinque habitum fraudis tractatum ostendunt.

Cum igitur in his terminis possessor, & omissor hæreditatis, sint participes, primo excutiendus est possessor, vt infra ostendemus, & postea omissor, qui tunc solus erit excutiendus, quando solus fraudem commiserit, iuxta dictam legem, 1. §. vlt. de quo inferius, ac latius agetur.

Ad secundum quæsitum responde supposito, quod legitimus vel substitutus fraudē participauit, data contra ipsos actione, primos legatarios esse præferendos, l. quia autem, §. plane, vers. nam si incidit, ff. hoc tit. cuius casus interuentu fraudis participatæ, hunc quoque casum complectitur.

39 Propterea † autem in dicta l. si quis pecuniam, actio, quæ contra dictos possessores da-

tur, dicitur vtilis, vt patet ibi: *locum esse vtili actioni*, &c. & ibi: *debere conueniri vtili actione*, quia actio ordinaria ex edicto, si quis omissa, &c. erat directa, illa scilicet, quæ ex testamento competebat legatarijs, siue fideicommissarijs, si adita hæreditas foret: nam cum prætor calliditati omittentium occurrit, effingit hæreditatem aditam esse, l. si duo, 18. ibi: *atque si ex testamento hæreditatem adisset*, &c. ff. si quis omissa, &c. l. si dolo, 24. ff. eodem, ibi: *quamuis prætor in eum det actionem, atque si adisset hæreditatem*, &c. Vnde supposita hac fictione inductiua, nihil mirum, quod actio, quæ competit, sit directa ex testamento, quæ in ijsdem terminis, amota fictione, directa futura erat.

Deinde edictum concipiebatur in eum, qui omissa vna causa succedendi, aliam eligebat, vt patet ex dicta l. 1. ff. eodem tit. vnde si omissor ex vna causa, & acquisitor ex alia, non esset vnus, & idem; verba edicti cessabant: non enim poterat fingi successorem, qui nunc possidet, adiuisse hæreditatem ex ea causa, in qua scriptus non erat, & consequenter actio illa directa locum sortiri nequibat.

Quia tamen participato fraudis consilio nouos, ac diuersos hæreditatis possessores conueniri æquum fuit, ad similitudinem directæ actionis, quam ex edicto Prætor pollicitus fuerat, aliam concessit, quæ ob id vtilis dicta est, quia in albo non erat scripta, sicut illa, quam Prætor dabat, inducendo fraudatorem hæreditatem adiuisse. Et hanc differentiam inter actionem, quæ competit contra fraudulenter omittentes, & eam, quæ datur contra eos, quibus profuit fraudulenta, & participata omissio, ostendit vlterius idem Vlp. in l. si non solus, 10. ff. eodem tit. ibi. *dandam in ipsum quoque legatorum actionem vtilem*, vbi quando omissa hæreditate in necem legatorum, omissor cum alio hærede ex noua causa succedit (quo casu actionem contra vtrumque Prætor decernit) eam, quam contra cohæredem fraudis participem dat, specialiter vtilem appellat: & ita intelligunt Impp. in l. 6. C. hoc tit. ibi. *vtilis actio, aduersus eum, cum quo fraudis consilium participatum est, tibi competit*, &c. Eandem autem, quam Vlp. & Impp. vtilem appellant in relatis iuribus, vocat Papinianus actionem ex sententia Prætoris, in l. mater, 27. §. vlt. ff. eodem tit. quando scilicet actio non datur contra fraudulenter omittentem, sed contra alium, qui possidet participato fraudis consilio. vel vocat actionem ex sententia edicti, in nostra l. Iulianus, vt infra expendemus.

40 Vnde † resellenda venit glossæ interpretatio, verbo, pollicetur, in l. 1. ff. si quis omissa, &c. vbi actionem, quam Prætor contra callidè omittentem, & ab intestato possidentem pollicetur, dicit esse vtilem ex testamento: nam ex dictis verius est, hanc actionem a Prætore quodammodo restitutam, directam dicendam fore, nisi Accursius vtilem appellet, ex eo, quod, prout à Prætore conceditur, ordinaria non sit, cum de seueritate iuris tunc descenderet: attamen supposita fictione Prætoris, dicenda est directa, & ordinaria.

41 Resellendus † etiam est Bart. & qui eum sequuntur in dicta l. 1. n. 5. vbi inquit actionem, quam Prætor pollicetur contra eum, qui omissa causa, testamenti ab intestato, vel alio iure similis succedit, non ciuilem, sed Prætoriam dicendam fore: nam contrarium dicendum est, immo, prædictam actionem ciuilem denominandam, etenim illa sola dicitur actio Prætoria, quæ à mero Prætoris officio proficiscitur, vt sentit Imp. in §. aliæ autem, Inst. de actionibus, iuncta l. stipulationum, 5. §. Prætoriæ, ff. de verborum obligat. ibi: *quæ à mero Prætoris officio*, &c. At actio de qua agimus, non ex mera iurisdictione Prætoris descendit, cum illam simpliciter non inducat, sed potius ex legitimis, & ciuilibus causis: quia Prætor procedit interpretando, seu fingendo aditam esse hæreditatem; in eo autem casu legitima actio suapte natura succedit: & ita Prætor terminos præparat, lex vero largitur actionem, quæ ob id ciuilis dicenda est. Quæ disputatio inutilis non est, potest enim aptari ijs, quæ à Doctoribus traduntur in principio, per textum ibi, Inst. de perpetuis & teporalib. action.

Illa autem regula, quam hucusque ampliauimus, quæ docebat omissa causa testamenti in fraudem legatorum, si ab intestato fideicommissa etiam relinquantur, legatarios ex testamento esse præferendos, dicta l. quia autem, 6. §. plane, vers. nam si incidit, ff. si quis omissa, &c. cessat, quando qui in fraudem omittit, alio iure non succedit: sed alter succedit, qui fraudis particeps non sit; nam in hoc casu fraudulentus omissor tenetur ad ea legata, quæ ab ipso præstanda erant, si alias adiret: at possessor ad ea tantum, quæ ab ipso relinquuntur.

42 De omittente † probat Vlp. in l. 1. §. vlt. ff. hoc tit. dum inquit: *si quis per fraudem omiserit hæreditatem, vt ad legitimum perueniat: legatorum petitione tenebitur*, idque deducit Vlp. ex regula quam proposuerat in §. præcedenti, vbi in quæstionem trahit, an in edictum incidere, & dolo malo facere videatur, qui hoc ipsum malitiose fecit, ne ab initio possidere inciperet: & ex sententia Labionis affirmatiue respondit. Ex qua regula bene infertur id, quod tradit in dicto §. vlt. nam qui fraude

omittit

omittit hæreditatem, vt legitimo deferatur, dolo facit, ne incipiat possidere; vnde nihil mirum, quod teneatur, ad quæ teneretur, si adijsset. Etenim sicut ille tenetur, qui dolo desijt possidere, dicta l. 1. §. sane interueniente, ita tenetur, qui dolo facit, ne incipiat possidere, vt æquiparat dicta l. 1. §. sane quæstionis; & ita, quamuis malitiose omittens, nullum lucrum sentiat, adstringitur, vt tenet glossa, verbo, conueniri, in l. 4. §. 1. ff. si quis omissa, &c. vbi etiam ex textu probatur; & apud Lusitanos hoc suadetur eleganti simili, ex Ordinat. lib. 4. tit. 84. §. 3. vbi si testator voluisset aliquem instituere, vel eidem legare: & vi, metu, vel fraude alicuius impediretur, si fraudatus dicta institutione, vel legato sibi relicto, id probauerit, in duplum damnabitur, qui tale damnum intulit. Et subiungit Ordinatio, talem fraudatorem non sensurum ex bonis defuncti lucrum aliquod, ergo &c. Et mouit forsan Prætorem æquitas illa, cuius meminit Paulus I. c. in l. 2. §. item Varus, ff. de aqua pluuia arcenda, ibi: *quod factu quidem mihi prodesse potest ipsi autem nihil nociturum est. hæc æquitas suggerit, etiamsi iure scripto deficiamus*, &c. nam cur impunita manebit fraus illius, qui hæreditatem omittit ad effectum, vt noceat alteri, cum aditio illi noctura non esset, immo prodesset: nam si aditio obesset, tunc iuste omitteret, iuxta l. quia autem, §. non simpliciter, ff. hoc tit. nec obstat d. l. 1. §. non quærimus, ff. hoc si quis omissa, vbi dicitur, quocumque modo possideat illa, qui omisit teneri ex edicto, & ita videtur requiri vt possideat, notat ibidem Bart. dein dicit, quod qui non possidet titulo pro hærede vel possessore, non tenetur: & ita videtur innuere non sufficere solam fraudem, quin etiam sequatur possessio titulo hæreditario; nam respondetur, d. §. non quærimus, procedere in dubio, quando quis omittit causam testamenti, & ab intestato possidet; vt tunc indistinctè teneatur, quasi dolo omisisset: vnde ille excusatur, qui postea aliquo iusto tit. possidet, non tanquam hæres: quasi cesset præsumpta fraus; non tamen negat textus, quod si dolo omittat nec postea possideat, non teneatur, id enim inferius decidit, vt supra ostendimus.

43 Vnde † apparet deceptos fuisse Accurtium, & Bart. & qui eos sequuntur, in dicta l. 1. §. vlt. dum textum ibidem intelligunt, quando omissor accepit pecuniam, vt omitteret: nam hæc interpretatio vltra quam quod sit diuinatoria, violat etiam literam, & mentem lurisconsulti, ex ijs, quæ supra proximè diximus. & contra eam est Accurtius sibi contrarius, in l. 4. §. 1. ff. eodem tit. verbo, conueniri, vbi generalitas textus id à fortiori suadet. Tandem si dictus §. vlt. intelligeretur pretio accepto, iam non simpliciter diceret textus omittentem teneri, sed potius possessorē primò teneri, & prius esse excutiendum, vt iam supra notauimus, & inferius ostendemus. Nec pro glossa & Bart. ac reliquis faciūt iura, quib. mouētur, illis enim statim satisfacies. Hoc autem, quod diximus de hærede per fraudem omittente, vt solus, & simpliciter teneatur: declaratur ne procedat, quando ei substitutus succedit: nam tunc cùm regulariter legata repetuntur, l. licet Imp. 74. ff. de legatis, lib. 1. & supra notauimus n. 16. cessat nociua ratio fraudis, quę aliàs in id tendit, vt legata corruant.

Subintellege tamen hanc declarationem primò, nisi aliqualiter noceatur primis legatarijs forsan, quia ex substitutione sunt alia legata relicta, quæ simul contribuuntur, vt diximus nu. 11. in quo versari potest maximum damnum primorum legatariorum, iuxta ea, quæ dicemus infra n. 61. nam tunc punienda est fraus omittentis, in eo, vt primi legatarij accepta portione, quæ a substituto fraudis non participe cum alijs legatarijs debetur, in residuum experiantur cum fraudulento omissore.

Subintellige secundò, vt institutus per fraudem omittens, quando ei substitutus sine fraudis participatione, succedit, adhuc teneatur in solidum; si cesset primorum legatorum repetitio in substitutione, vt contingit in aliquot casibus, de quibus dicta l. licet, & supra tetigimus n. 12. nam in his terminis militat eadem, edicti ratio, & decisio dictæ l. 1. §. vlt. ff. si quis omissa, &c.

44 Quod attinet † ad eum, qui sine fraudis participio successit, quamuis institutus hæres fraudulenter omisisset; secure resoluendum est, ad ea dumtaxat legata, siue fideicommissa teneri, quæ ab ipso relicta sunt: nullatenus uero ad ea, quæ a fraudulēto omittēte data fuerant, & ita in terminis probat Vlp. in l. quia autem, 6. §. si patronus, ff. si quis omissa, &c. ibi: *hac autem ita sunt si cohæres collusit cum patrono, aliter enim non esse patronum cogendum legata præstare*, &c. probatur deinde à contrario sensu, in lege mater, 27. §. vlt. ff. hoc tit. & in l. 1. C. codē. & fuit Azonis sententia, quem refert, & constanter sequitur, ac tenet Bart. in l. 2. nu. 2. ff. eodem tit. vbi reprobat Placentinum, & Petrum antiquos glossatores. Idem Bart. in l. 4. vers. quæro an sit, & in dicta l. quia autem, §. si patronus, & in l. vlt. n. 2. ff. hoc tit. & in his terminis allegatus dolus probari omnino debet per actorem, vt docet Bart. in dicta lege, vlt. num. 2. ante finem, vbi viam ostendit, qua probari possit. Prædicta tamen intellige, ita vt successor fraudis non particeps, non teneatur ex vi edicti: alioquin enim si testatur fidei-

com-

commissa, vel legata repetierit, tenebitur, argumento dictæ l. quia autem, 6. §. plane, vers. sin vero non incidit; & hoc regulariter procedet in substitutione, in qua legata repetuntur, dicta l. licet Imp. vt supra notauimus.

45 Verum † supradictis obstat l. si quis pecuniam, 4. ff. hoc tit. ibi; *vbi vero gratis, in fraudem tamen eorum, quibus quod relictum est, possessorẽ debere conueniri vtili actione*, &c. quibus verbis ostenditur fraudulentum omissorem non teneri, & per contrarium teneri bonæ fidei possessorem.

Vrget fortius textus, in l. si non solus, 10. ff. eodem tit. ibi; *nec enim aspernari debet obesse sibi factum hæredis scripti, cui etiam profuerit*, &c. quibus clarius innuit Vlpianus, factum heredis fraudulenter omittentis, ex eo solo, quod proficiat sequenti successori, adstringere sequentem eundem successorem: & ita quamuis fraudem non participasset, in terminis tenuit Petrus antiquus, relatus à glossa, verbo, participatum, in l. 1. C. si quis omisa, &c. & Placentinus, vt refert Bart. in l. 2. n. 2. ff. eodem. Accurtius, verbo, profuit, in dicta l. si non solus, etiam agnoscit, eum qui gratis, & sine fraudis participio succedit, teneri ad legata, siue fideicommissa ab eo data, qui fraude omiserat; & mouetur primo, ex eo, quia ex qua persona lucrum capimus, eius factum præstare debemus, hoc est, etiam damnum occasione eiusdem personę proueniens sentire debemus, l. ex qua persona, ff. de regulis iuris. Deinde, quia dolus auctoris nocet successori habenti causam lucratiuam, l. apud Celsum, §. si quis autem, ff. de doli exceptione.

His tamen non obstantibus, stat suprapositæ doctrina, scilicet, illum, qui solus fraudem incurrit, teneri pro legatis à seipso relictis: at legitimum hæredem, vel substitutum, qui absque aliqua fraudis communione successit, nequaquam teneri, nisi ad ea tantum, quæ ab ipsis specialiter relicta sunt: nec enim iure cogi possunt, cum nullatenus edictum offenderint, & ille dumtaxat ex edicto teneatur, qui calli de se gessit, l. 1. ff. hoc tit.

Obiecta nunc diluamus; & in primis non obstat dicta l. si quis pecuniam: nam supponit successorum etiam fraudis fuisse participem, vt supra ad eundem textum probauimus. Insuper, dum inquit possessorem hæreditatis vtili actione conueniri debere, necessario debet intelligi, quoad ordinem executionis, vt scilicet prius excutiatur possessor, eo autem effecto non soluendo, fiat transitus ad fraudulentum omissorem, iuxta l. 2. ff. hoc tit. quam supra explicauimus.

Nec adhuc reluctatur dicta l. si quis pecuniam, quatenus distinguit inter omittentem per fraudem accepta pecunia, vel gratis; quasi illo casu conueniri possit omissor, hoc vero, non. Satisfacies enim si dixeris, de rigore iuris, qui accipiebat pecuniam, vt omitteret, directo conueniendum fore a legatarijs, l. 1. vers. vlt. C. si quis omissa, &c. l. si non solus, in fine principij, ff. eodem; quia tamen, qui pretium dederat, & hæreditatem possidebat, propter fraudis participationem aliquo modo saltem in subsidium tenebatur: humanius visum est ut ab ipso possessore excussio inciperet, vt supra probauimus ex l. 2. ff. hoc titulo, quod in gratuita & fraudulenta simul omissione vnius, & possessione alterius, cum fraudis communione, citra controuersiam obseruabatur: vnde differentia inter vtrumque casum in eo consistit, quod de rigore iuris, qui accepto pretio omittit, statim, ac directò conueniendus erat; in subsidium vero possessor: est contra, qui gratis per fraudem tamen omittebat, in subsidium tenebatur: possessor vero hæreditatis principaliter, ac directo; vtrobique tamen verus possessor tenebatur propter fraudis participium; & hac expositione præmissa, procedit distinctio, quam inducit dicta l. si quis pecuniam; inter gratuitum, & respectiuum omissorem; & ita supponit hæreditatis possessorem teneri propter fraudis participationem, nec denegat fraudulentum, & gratuitum omissorem aliqualiter teneri, qui, si communio fraudis in successore cessaret, sine dubio solus ac principaliter cogeretur ad legata a seipso relicta, vt suadet planus textus in dicta l. 1. §. vlt. ff. hoc tit. & supra demonstrauimus.

46 Non obstat † deinde dicta l. si non solus, quia ut ibidem notat glossa, verbo, profuit, in fine, possessor hæreditatis particeps fuit fraudis; Nec aliquid contra euincunt relata verba, ibi: *nec enim aspernari*, &c. vt supra expendimus: nam Vlp. ibidem non reddit fundamentalem rationem, ob quam legitimus hæres teneatur (id enim principaliter, & dumtaxat proueniebat ex fraudis participio, vt ostendimus) sed loquitur quasi per excessum, id est, non debet legitimus hæres fraudis particeps se excusare ab onere legatorum præstandorum, quæ à fraudulento omissore relicta fuerant; nec causari hæredis omittentis factum sibi dumtaxat obfuisse, & per sequentes eidem omissori imputandum: cum etiam, inquit Vlp. hoc factum scripti hæredis omittentis sibi profuisset, Primaria autem, ac germana decidendi ratio, quam Vlp. supponit, nitebatur in fraudis participatione: nec enim actio vtilis, siue ex sententia huius edicti datur, nisi offendatur edictum, & non offenditur sine fraude, vt supra probauimus.

47 Nec † aliquid faciunt fundamenta, quibus

Accur-

Accurtius motus dicebat, possessorē hæreditatis sine fraude succedentē teneri ad legata etiā à fraudulēter omittente relicta: nā d. l. ex qua persona, ff. de regulis iuris, procedit tantum quando ab aliquo lucrū capimus non omittēte sed faciente: quia scilicet ipse nobis aliquid lucri contulit. At in terminis, in quibus legitimus, aut substitutus hæres sine aliqua fraudis communione succedit, nihil à fraudulento omittente accipit, sed vel à iure, vel voluntate defuncti, dum vel ab intestato, vel ex substitutione succedit.

48 Non † facit similiter dicta l. apud Celsum, §. si quis autem, cum similibus: quia (vt ibidem patet) tunc dolus auctoris obest successori, quando successor sortitur eundem locum, & ius auctoris, vt patet ibi: *an de dolo exceptionem patiatur ex causa eius, in cuius locum successeris*, &c. & consequenter procedit, quam actor rem habuerat, & ab ipso ad successorem transferat: at nos loquimur de eo, qui sine fraude, & ex sola dispositione iuris succedit; & ex parte fraudulenti hæredis sola datur omissio, non vero trammissio alicuius iuris quæsiti.

49 Ex † quibus infertur intellectus, & conciliatio ad nostram l. Iulianus, & l. Nesennius, §. seruo, vers. sed etsi: nam in illa supponit Papinianus, patrem qui omisit institutionem, & iussit filiam substitutam adire, non teneri ex verbis sed ex sententia edicti; in quo eleganter ostendit, in terminis, de quibus ibi, considerari personam patris diuersam a persona filiæ: cum in diuersitate personarum, omittentis scilicet, & acquirentis, actio ex sententia edicti, siue vtilis dari dicatur, vt supra ostendimus. Hanc autem diuersitatem personarum induxit Papinianus ex mente testatoris, mixta consideratione iuris: nam filia fuit patri substituta in casu, vt inquit textus, non ut arbitrium eligendi patri relinquatur, hoc est testator ea mente substituit filiam patri, vt si forte pater morte præuentus adire non posset; filia in sui commodum, & ex sua persona ex substitutione succederet: atque ita ex mente testantis diuersam successionem Iuris consultus collegit.

50 Considerauit etiam ius, quia † eo attento, filia ex sua persona capacitatem habet, & potest acquirere, quidquid ei delatum fuerit, vt probat patruus meus Arius Pinellus in Rubrica 2. parte, n. 40. C. de bonis maternis, insignis Lusitanus Franciscus de Caldas, in l. 3. verbo, sine curatore, n. 29. C. de in integrum restit. minorum. doctissimus Petrus Barbos. Lusitanus I. c. in l. 2. §. quod si in patris, n. 7. ad finem, ff. soluto matrim. nouissimè ac eleganter tradit Antonius Faber, lib. 7. Coniecturalium, cap. 11. Quamquam ex vi patriæ potestatis in patrem statim transferat, l. placet, ff. de acquirenda hæredit. iuncta eleganti interpretatione patrui mei Pinelli, in l. 1. prima parte, a n. 20. C. de bonis maternis. Vnde nouę leges, quibus bona materna, & reliqua aduentitia, necnon castrensia, vel quasi, non ab antiquo, filijs quoad proprietatem, & aliquando etiam quoad vsumfructum largiuntur, id non inuexere denuo habilitando, & efficiendo capaces personas filiorumfam. sed potius intercludendo fluxum rerum acquisitarum in parentes: nam capacitas acquirēdi ex propria persona, antea illis inerat.

51 Supposito † igitur quod in nostra l. Iulianus, & ex mente defuncti, & dispositione iuris nō resistēte, pater institutus & filia ei substituta, diuersæ personæ considerantur: quando facto patris offenditur edictum, scilicet iubendo filiam ex substitutione adire in fraudem legatorum, quæ ab ipso erant relicta: cessat actio directa ex persona filiæ contra patrem, solaque datur vtilis, & ex sententia edicti: quasi fraudis paternæ particeps filia præsumatur, vt alias tradit Papin. in l. mater, 27. §. vlt. ff. eodem tit. & ita pater ex persona filiæ substitutæ dicitur teneri ex sententia edicti; Ob id autem non cogitur actione directa, quia cum possideat ex persona filiæ, quæ prius conuenienda erat, iuxta supradicta, ea etiam actione conueniri debet, qua filiæ tenebatur, scilicet vtili, & ex sententia Prætoris.

Et quamuis commissa fraude per omittentem, vel participata cum eo, cui hæreditas acquiritur, semper præferantur primi legatarij, l. quia autem, §. plane, vers. nam si incidit, ff.
52 hoc tit. tamen † in præsenti, quia in filia magis preceptum, & iussus paternus consideratur quando adit, quam participatio fraudis, cum in terminis huius textus nec allegari, nec probari debeat a primis legatarijs, meritò prius habetur ratio eorum legatorum, quæ ab ipsa relicta sunt, quam eorum, quæ à patre erunt relicta: nam illa soluit pater iure ordinario, & ex persona filiæ, quasi ipse pater tamquam extranea persona fraudulēter omisisset, & filia absque vllo fraudis participio ex substitutione adiuisset.

Et quamuis ex persona quoque filiæ ex sententia edicti teneri videretur primis legatarijs, ex ratione l. data, 27. C. de donationibus, ibi: *si quidem clandestinis, ac domesticis fraudibus, facile quiduis pro negocij opportunitate confingi potest: vel id quod gestum est, aboleri*, &c. quia tamen prædicti legatarij releuantur ab onere probandi hanc fraudem, cum aliàs de iure tenerentur, vt tradit Bart. in l. vlt. n. 2. ante finem, ff. si quis omissa, &c. & quodammodo esset impossibilis talis probatio, propter rationem dictæ l. data, cessat prælatio eorundem,

solumq;

53 solumq; ex residuo(salua Falcidia)illis † satisfieri debet ex ratione l. eum qui, 30. ff. de iure iurando, ibi: *abundè enim sufficere exonerare petitorem probandi necessitate*, &c. & ibidem notat Alex. & alij: nam dicta l. quia autem, §. plane, vers. nam si incidit ad hunc casum extensa, quo possessor particeps fuit, tunc procedit, quando fraus allegatur, & probatur contra possessorem, vt generaliter requiritur.

54 Cur autem † pater non teneatur in solidum primis legatarijs, respectu propriæ fraudis, vt generale esse supra ostendimus. Responde ex eo prouenire, quia supposito, quod possidet hæreditatem, & respectu eiusdem, duplici onere grauatur, scilicet eorum legatorum, quæ ab ipso & eorum, quæ à filia substituta relinquuntur: in eo releuatur (secundum regulam l. eum qui, ff. de iure iurando) vt habita prælatione eorum, quæ à filia relinquuntur, ex supra posita ratione, & salua Falcidia (quæ in dictis, & similibus terminis semper competit, ex regula l. si duo, 18. vers. vlt. ff. si quis omissa, &c. cum alijs) ad præstationem eorum, quæ ab ipso patre instituto relicta erant, tantum teneatur pro residuo hæreditatis: nam ita in effectu manebit, sicut quilibet alius scriptus hæres, qui omissa vna via succedendi, ex alia succedit, penes quem semper illæsus, & immutilatus suus quadrans remanet ex legis Falcidiæ beneficio, l. quia autem, §. in principio, ff. hoc tit.

Nec primi legatarij queri possunt, quod non præferantur: vel aliàs, non habeant actionem contra patrem in solidum: cum si cogerentur ad probandum dolum patris, & participationem filiæ substitutæ cum patre fraudulenter omittente, omnino forsan excluderentur, vtpote omni probatione defecti, ex supra dictis.

Atque ita constat in nostra l. Iulianus, in prima parte, quoad præstationem vtrorúq; legatorum, quando excedunt dodrantem, omnia seruari, quæ in edicto proponuntur, conuersò tamen ordine, vt scilicet præferantur legata à substituto, ijs, quæ ab instituto relicta erant ex supradicta speciali ratione.

55 Nec † iam tunc obstat nostra l. Nesennius, §. seruo, vers. sed etsi, quia loquitur in seruo substituto, in quo nunquam potuit nec ex dispositione iuris, nec ex mente testatoris considerari diuersitas personarum: cum ut diximus, sit tantum domini instrumentum, & ab eo etiam mortuo capacitatem mutuetur, §. seruus etiam alienus, post domini, Instit. de hæredibus instit. vnde regulariter substitutio serui non in casu censetur facta, sed vt arbitrium eligendi relinquatur; & si aliquando dominus incidit in edictum, tunc preferendi sunt ij, quibus à domino instituto legatum est; postea vero ratio eorum ineunda est, quę à seruo substituto relinquuntur: quasi vnus, & idem fraude omisisset, & possedisset, & ita procedit noster vers. sed etsi, secundum dispositionem dictæ l. quia autem, §. plane, vers. nam si incidit.

Et ex eo insuper præferuntur primi legatarij in nostro vers. sed etsi, quia cum non alias dominus teneatur in illis terminis, nisi fraudis, & illusionis causa, suum seruum ex substitutione adire iussisset, iuxta l. cui seruus, 25. ff. si quis omissa, &c. ibi: *si idcirco fecit*, &c. vt supra explicauimus: atque ita legatarij hanc fraudem, & collusionem teneātur probare, secundum Bart. receptam doctrinam, in l. vlt. n. 2. ante finem, ff. si quis omissa, &c. nihil mirum, quod etiam secundum regulas ordinarias huius edicti præferantur, de quibus iure dicto §. plane, quoad aliter eueniebat in nostra l. Iulianus, in prima parte.

Et sic cessat antinomia fere implacabilis inter Papin. in l. Iulianus, & Paulum I.C. in l. Nesennius, §. seruo, vers. sed etsi.

56 Illud autem † non ineleganter addes supra dictis circa interpretationem nostræ l. Iulianus, vt si in eius specie primi legatarij, succepto onere probandi ueram collusionem inter filiam, & patrem intercessisse, idque ostenderint: fine dubio præferantur ijs, quibus à filia substituta legatur: nam tunc iuris regulæ suadent, vt pater etiam ex persona filiæ illis prius soluere teneatur, iuxta dictum §. plane, vers. nam si incidit, & tunc concordabit nostra l. Iulianus, cum decisione §. serui, vers. sed etsi.

Nec noua hæc animaduersio audax videri debet, aut insolens, etenim reducit rem ad iuris principia; deinde, quia in nostra l. Iulianus, dum præferuntur legata relicta à filia substituta, & postea agitur de primis legatarijs, id ex eo prouenit, quia absque vllo probandi onere prædicti primi legatarij recipiuntur ad quale quale commodum: cum aliàs si collusionem probare tenerentur, forsan excluderentur omninò propter difficilem probationem, iuxta supradicta. Vnde si se oneri illi supposuerint, fine dubio præferentur, argumento elegantis decisionis in l. eum qui, ff. de iure iurando, ibi: *cum omissa hac parte edicti, dupli actio integra maneat*, &c. iuncta glossa ibidem, verbo, omissa, & quæ ibidem tradunt Doctores.

57 Præterea, addes † etiam interpretationem ad nostram l. Iulianus, ibi: *non enim caret dolo pater, qui honore proprio omisso, propter compendium alienam institutionem mabuit*, &c. In quibus verbis non reddit Papinianus rationem, ob quam prius ineunda sit ratio eorum, quæ a filia relinquuntur: cum immò tunc contrarium diceret ex regula dictę l. quia autem, §. plane, vers.

vers. nam, si incidit. Sed potius reddit rationem oneris, quod tacite patri imponit; hoc est, vt post præstita legata a filia substituta relicta, teneatur pater pro residuo ad ea, quæ ab ipso instituto data fuerant; idque ex ea ratione, quia non caret dolo pater, qui proprio honore omisso, &c. & quam vulgare sit, & peculiare Iurisconsultis tacitis assertis respondere, iam in hoc libro ostendimus, cap. 2. n. 11.

58 Ex quibus † hucusque deductis, illud inferes, in edicto, si quis omissa causa, &c. quando ex duplici causa, v. g. ex testamento, & ab intestato; vel ex institutione, & substitutione, legata vel fideicommissa relinquuntur, semper quædam alijs præferri debere: & regulariter præferri, quæ a gradu, siue causa successionis omissa relinquebantur, dicta l. quia autem, §. plane, vers. nam si incidit, & ita procedit nostra l. Nesennius, §. seruo, vers. sed etsi. In nostra autem l. Iulianus, fit prælatio è conuerso propter specialem rationem, de qua supra.

59 Aliquando † autem exæquantur vtrique; & contribuuntur: vt in speciali casu dictę legis quia autem, §. plane, vers. sin uero non incidit, vt patet ibi: *dicendum est contribui fideicommissa debere, quasi exæquata*. In quo tamen duo concurrere debent. Primum erit, edictum nō offendi: vt patet ibi: *non offendet edictum*. Secundum erit, primo legata ex voluntate testatoris censeri repetita, ut fieri solet, argumento textus in l. cum pater, 77. §. filius matrem, ff. de legatis, lib. 2. & in l. eam quam, vbi notant Doctores, C. de fideicommissis, & in dicto §. plane, repetita expressè fuisse supra probauimus; Alioquin edicto non offenso, priora legata, siue fideicommissa non præstantur in secunda, ac diuersa causa successionis, nisi repetantur: repetitio autem simplex non impedit, quo minus quis possit in edictū incidere, nisi aliunde constet ex voluntate testatoris permittentis, vt vna omissa, possit ex alia causa succedere, vt inferius ostendemus.

60 Illud quæri, & † vsu venire potest, num, vt habeat locum decisio dictæ l. quia autem, §. plane, vers. sin vero non incidit, ff. si quis omissa, &c. circa exæquationem legatorum, & fideicommissorum, sufficiat, quod testator eadem legata, quæ in testamento reliquerat, repetat ab intestato, & insuper adiungat alia denuo fideicommissa: vt ita hærede scripto omittente, vtrorumque ab intestato contributio fiat, & exæquatio?

Et primo aspectu videbatur dicendum, istū hæredem omittentem causam testamenti, & ab intestato succedentem, non incidere in edictum, cum ipse non solum soluat legata testamentaria, sed insuper grauetur onere fideicommissorum, & ita cessare fraus videatur: vnde videtur per hoc electio succedendi rei concessa: iuxta dictum vers. si vero non incidit.

61 Verum † contrarium tenendum est cum Bart. in l. vlt. n. 2. in fine, ff. hoc tit. nam adhuc deducenda sunt prius relicta in testamento; ex ratione d. l. quia autē, in fine principij, quæ in his terminis à fortiori militat; nam repetitio legatorum ab intestato, & insuper aliorum onerum impositio, magis ostendunt mentem testatoris denegantis, quam permittentis, vt omittat ex testamento.

Deinde non cessat fraus: nam si facultates defuncti, saluo hæredis quadrante, solum sufficiat legatarijs testamentarijs, si ijsdem ex testamēto solueretur, poterit hæres scriptus (qui ab intestato venire potest) cum fideicommissarijs ab intestato pacisci, vt eidem aliquid dent, si omissa causa testamenti, eos cum legatarijs testamentarijs exæquauerit in distributione bonorum; & quamuis hoc pretio non efficiat, potest nimia gratia efficere, ad fraudandum tamen, & in necem legatariorum, argumento l. 4. ff. si quis omissa, &c. & generaliter in omnibus his speciebus locum habet edictum l. 1. ff. eodem tit. dum fraude omittentis in effectu minus consequuntur legatarij testamentarij, si contributio omnium fieret, quam si ex testamento adiretur hæreditas.

Præterea induco Iauolenum I. c. in l. si ab instituto, ff. hoc tit. vbi facta repetitione eiusdem rei, respectu eiusdem legatarij in substitutione, obligatur in solidum vterque scriptus hæres, si ab intestato veniat, & legatarius potest eligere, quem conuenire maluerit; ergo repetitio facta ab intestato eorum, quæ in testamento relicta fuerunt, non tollit illam obligationem in solidum, qua scriptus ex testamento tenebatur: & consequenter pręferri debent testamentarij legatarij.

Deinde induco Vlp. in l. si eadem, 10. ff. eodem tit. vbi si eadem res ab instituto, & substituto, diuersis personis relinquatur, & vterque ab intestato succedat, non concurrent in eandem rem legatarij, sed solus ille vindicabit, cui ab instituto, & sic primo loco legatum est; ergo similiter commisso edicto, præferri debent legatarij testamentarij fideicommissarijs ab intestato, cum secundo loco his relinquatur.

Nec debet obesse primis legatarijs repetitio facta ab intestato, quasi eo ipso censeantur per testatorem exæquati cum fideicommissarijs ab intestato: quia ista simplex repetitio in primorum legatariorum fauorem fuit introducta, ergo non debet in odium retorqueri, præcipuè cum citra talem repetitionem, præferendi essent, vt supra probauimus.

62 Tandem † facit doctrina Bart. in l. 1. n. 2. ff. hoc

ff. hoc tit. vbi inquit, quod ille, qui omittit ex testamento, & possidet ab intestato, præsumitur in fraudem omisisse; ergo cum in propositis terminis hæres scriptus posset ex testamento adire, causam tamen intestati amplexus est, id fraude fecit; & consequenter incidit in edictum: vnde præferendi sunt primi legatarij, dicta lege quia autem, §. planè, vers. nam si incidit.

63 Et quod † diximus in terminis, quibus testator repetijt legata ab intestato, intellige si in testamento apposuit clausulam codicillarem; & aliunde codicillis factis alia fideicommissa ab intestato reliquit: nam clausula codicillaris idem operatur, ac repetitio, Iul. Clarus, in §. testamentum, q. 46. in princip. & ita licet subdubitans tenuit Bart. in dicta l. quia autem, n. 2. & secure ex dictis tenendum est. sentit idem Bart. in l. 1. n. 4. in vltimis verbis, ff. de iure codicill. dum allegat d. l. quia autem in principio.

64 Nec † obstat supradictis dictus §. planè, vers. nam si incidit, quia vel procedit, quando testator expressim permisit successionē ab intestato, vt patet ibi: *Quia hac fuit testatoris voluntas, vt daretei facultatem ab intestato succedendi*, &c. tradit et Bart. in dicta l. quia autem, nu. 2. vel aliter datur talis causa, quæ edictum non offendat. At in nostra specie in dubio edictum offenditur ex dictis, dum legatarij testamentarij, si non in toto, saltem in parte fraudantur, quatenus alij ab intestato eisdem accrescunt in bonis defuncti diuidendis; quare ius accrescendi quam damnosum sit, constat ex ijs, quæ alias eleganter tradit Viglius, in principio, n. 6. Inst. de exhæredatione liberorum.

65 Ne autem † suprapositæ solicitæ indagatio nes circa edictum, si quis omissa causa testamenti, &c. videantur inutiles, interest breuiter discutere, an censeatur correctum huius edicti robur ex pinguissimo remedio Authēt. Hoc amplius, C. de fideicommissis, quod etiā habet locum in eo hærede, qui non adiuit, vt patet ex Auth. De hæred. & Falcidia, §. si vero expressim, collat. 1. & tenent plurimi, quos refert Additionator ad Bart. in l. 1. ante n. 1. ff. si quis omissa, &c. idem Bart. in lege nemo potest, n. 5. ff. de legatis, lib. 1. Paulus Castr. conf. 391. Roman. conf. 71. col. penult. & consequenter si omittente hærede successiue defertur hæreditas etiam particularibus successoribus, legatarijs scilicet, & fideicomissarijs, iam nullum periculum versatur in relictorum protestatione; & consequenter dato remedio ordinario, cessat vtilitas huius edicti, & inaniter insudauimus.

Verum cōtrarium securissime statuendum est, immò adhuc hodie stare præfatum edictū, quod primus tradidit Iacobus de Beluiso, in dicta Auth. De hæredibus, & Falcidia, in penult. & vltima quæst. quem refert, & sequitur Bart. in d. l. 1. n. 2.

66 Nec † obstant supra in contrarium adducta: nam in primis Auth. Hoc amplius, siue referamus ad suum corpus, in dicta Auth. De hæredibus, & Falcid. §. si quis autem non implens, vbi agit de ijs, qui necessario ex lege percipiunt; siue ad §. si vero nulla subest, vbi agitur de hæredibus extraneis, semper supponit aditam esse hæreditatem, vt satis probat dictus §. si quis autem, ibi: *Aliud verò totum auferri*, &c. vbi innuit glossa, verbo, auferri, constat etiam ex dicto §. si vero nulla, ibi: *Illum quidem priuari omnibus relictis*, &c. At edictum si quis omissa causa testamenti, solum procedit, quando quis omittit, siue repudiat in necem legatariorum, & ita antequam adeat hæreditatem.

67 Deinde † textus in dicta Auth. de hæredib. & Falcid. §. si verò expressim, loquitur quando Falcidia expressim prohibetur per testatorem, & lex eidem voluntati expressæ assistit, laxato antiqui iuris rigore, de quo textus in l. quod de bonis, 15. §. 1, ff. ad legem Falcid. cum similibus. Vnde ne illa veteris iuris remissio in testatoris damnum verteretur, scilicet, si ob nullum lucrum omittente hærede ab intestato decedat, omni vltimo elogio in irritum deuocato, lex statuit, vt omissa ob hanc causam ab hærede aditione, successio deferretur in ijsdem bonis, iuxta formam dictæ Auth. Hoc amplius, & corporis, vnde sumitur; & ita apparet loqui in casu particulari, vt in terminis inquit Bart. in dicta l. 1. n. 1.

Ex quibus constat, non aliter in iure ab intestato ex dispositione tantum legis sustineri legata in testamento relicta, omittente, siue repudiante hærede, nisi quando Falcidia eidem expressim interdicitur, ergo hoc vno casu excepto, in reliquis locum habet æquitas nostri

68 edicti; immò, etsi † attento tempore, quo hoc edictum prodijt in lucem, valida esset testatoris prohibitio circa Falcidiam detrahendam, cessaret omnino edicti dispositio, vtpote data iusta causa, ob quam hæres scriptus testamenti causam omitteret, iuxta l. quia autem, 6. §. non simpliciter, ff. si quis omissa, &c. vbi in terminis exprimit Bart. & I. consultus in l. cum pater, 77. §. Titio, in fine, ff. de legatis lib. 2. facit ratio l. excusatus, ff. si quis omissa, &c. & dictæ l. quia autem, §. si patronus, quibus iuribus probatur, quod deminutio in portione patrono iure debita producit causam iustam omittendi hæreditatem ex testamento, & succedendi ab intestato, quin incidat in edictum. Idem in legitimæ filijs debitæ diminu-

E tione,

tione, tradit Bart. in dicta l. excusatus, quem vide, dum quoad legitimam dicit correctam esse dictam l. excusatus, de iure recentiori.

In eo tamen manet differentia, quando valide interuenisset dicta prohibitio, sicut hodie semper valida est: quod attento tempore antiquo, legata corruerent, omittente hærede, vtpote, non offenso edicto, quod tunc cessabat iuxta dictam l. quia autem, §. si patronus, cum alijs præcitatis. At hodie non solum non offenditur edictum, sed insuper legata, & reliquæ dispositiones sustinentur, seruato ordine dictæ Auth. de hæred & Faleid. §. si vero expressim, vt supra diximus.

69 Illud † autem quod tradit Bart. in dicta l. quia autem, §. non simpliciter, scilicet, quod si quis hodie omitteret ex iusta causa, non posset succedere ab intestato, si intelligatur vltra terminos dicti §. si vero expressim, indiget sine dubio correctione: nam adhuc edictum obtinet; excepto casu dicti §. si uero expressim, vt probauimus; ergo in hoc tantum hæres remouebitur; quoad alios vero casus seruabitur omnino, quidquid disponitur in edicto, si quis omissa causa testamenti, eo maximè contra Bart. facit, quia si data fraude adhuc hodie tenetur hæres, qui omissa causa testamenti, ab intestato succedit, vt ipse fatetur, in l. 1, num. 1. ff. eodem, in quo supponit posse ab intestato succedere, cur remouendus erit ille ab intestato, qui sine fraude, immo data iusta causa velit ab intestato eandem hæreditatem amplecti, quam omiserat ex testamento.

SVMMARIVM.

Disputatur quæstio, vtrum filiusfam. possit testari de bonis, quæ pleno iure ei acquiruntur, ex dispositione l. cum multa, C. de bonis, quæ liberis; cuius pars affirmatiua fundatur a num. 1. negatiua verò amplectitur, & formatur. a numero 3.

Donata à principe censentur bona quasi castrensia. num. 2. & de ratione ob quam ita fuit constitutum. vide num. 17.

Filiusfam. non solum ratione bonorum deficientium, sed etiam ratione personæ, est inhabilis ad testandum. num. 4. & 17.

L. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, prius edita fuit, quam l. vlt. infra eodem tit. num. 5.

Libri chronici authentici probant, ibidem.

L. penult. C. qui test. facer. poss. edita est post dictam l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. ibidem.

In tit. de bonis, quæ liberis, non agitur de potestate testandi, sed de acquisitione bonorum filijsfam. concedenda. n. 6.

Leges in dubio intelliguntur secundum Rubricam sub qua collocantur. ibidem. & n. 44.

Latè explicatur l. cum multa, a num. 1. cum sequentibus, & num. 40.

Licet filiusfam. haberent peculia quasi castrensia olim, de eis tamen tunc testabantur, quando specialiter permittebatur, ibidem.

Olim non sequebatur habet peculium quasi castrense, ergo de eo testari potest, nu. 7. nec etiam hodie sequitur nu. 9. & 18.

Explicatur l. filiusfam. 7. §. vlt. vers. vlt. ff. de donationibus num. 8.

Facultatem testandi de peculio quasi castrensi ampliauit Iustinianus. n. 9.

Dicta l. cum multa, edita fuit ante l. vlt. C. de inoff. test. num. 10.

Quibus personis conceditur testari de peculio quasi castrensi. n. 11.

Explicatur dicta l. vlt. vers. in his itaque, C. de inoff. test. n. 12.

Dictio, itaque suapte natura inducit collectionem præcedentium. ibidem.

Dictio, in his *vel* huiusmodi, *est respectiua ad præcedentia. ibidem.*

Bona, de quibus loquitur dicta l. cum multa, dicuntur quasi castrensia ex priuilegio ipsis concesso, non vero habita ratione personæ, cui conceduntur. num. 13.

Explicatur dicta l. cum multa, ibi: vt enim Imperialis fortuna, *&c. nu. 14.*

Prima bona, quæ filiusfam. sibi pleno iure quæsiuit, fuerunt donata à principe. n. 15.

Simpliciter donata à principe filiusfam. pleno iure acquiruntur: aliter in donationibus priuatorum. num. 16.

Clericus filiusfam. testari potest, quare, & de quibus bonis. n. 19.

Aduocatus filiusfam. potest testari de ijs, quæ ratione, vel occasione sui officij, etiam ex priuatis salarijs, siue honorarijs consequitur. a nu. 10.

Explicatur l. vlt. C. de silentiarijs, lib. 12. a num. 21.

Explicatur l. vnica, C. de castrensi omnium palatinorum peculio, lib. 12. nu. 22. vbi ostenditur filiosfam. palatinos testari posse, & de quibus bonis.

Explicatur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 91. §. 9. iuncto præcedenti. ibidem.

Explicatur l. vlt. C. de castrensi peculio, lib. 12. nu. 23. vbi in litera potius leges, adiutrice, *quam* adiutricis.

Cur in dicta l. vlt. C. de inoff. test. quoad peculium quasi castrense, de quo filiusfam. testari potest, meminit Imperator publici salarij, vel stipendij. nu. 24.

Filiusfam. Doctor, etiam testari potest, sicut aduocatus, ibidem.

Medicus filiusfam. de quibus bonis, & cur potest testari. num. 25.

Ex

Explicatur l. vlt. ibi: omnes omnino, quibus castrensia peculia, *&c. C. qui test. fac. poss. n. 26.*

Late explicatur Auth. vt liceat matri, & auia. §. 1. collat. 9. a n. 27.

Reprobatur interpretatio doctissimi Decij, ibidem.

Lex non debet in dubio intelligi, vt procedat in eo casu, quo caret ratione dubitandi. num. 28.

Legis virtus in futura tendit. num. 29.

Late explicatur l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis, quæ liberis. a nu. 30.

Explicatur mens Imperatoris in l. penult. C. qui test. fac. poss. cur scilicet declarauit filiosfam. non posse testari de bonis, quorum vsusfructus patri non acquiritur. num. 32.

Reprobatur subtilis interpretatio Decij ad dictum §. filijs autem, a nu. 33.

Inter concedere, & prohibere est medium, quod dicitur, non prohibere, ibidem.

Dictio taxatiua apposita vni actui, per argumentum à contrario sensu vel inducit actum contrarium, vel saltem aliquid diuersum dispositiuum, num. 34. vel si inducit aliquid negatiuum, non debet tamen reincidere in membrum taxatum, numero 35.

Assignatur alius intellectus ad dictum §. filijs autem. num. 36.

Argumentum à contrario sensu in lege noua inducit correctionem iuris antiqui, si aliàs non manet otiosum, ibidem.

Reprobatur Decius dum putat personam filijfam. esse habilitatam de iure ad testandum de bonis, in quibus patri non quæritur vsusfructus. a nu. 37.

Explicatur l. Imperator, 50. ff. ad S. C. Trebell. num. 38.

Explicatur l. vlt. §. necessitate, C. de bonis, quæ liberis. num. 39.

Explicatur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 97. §. 10. vers. & queremos. nu. 41.

Explicatur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 98 §. 5. nu. 42

D. l. cum multa, loquens de Imperatore, & Augusta, intelligitur etiam de Rege, & Regina, ibidem.

Explicatur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 81. §. 3. vers. Porem. nu. 43.

Explicatur notabiliter Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 83. §. 1. ibi. sfillosam. que soldado for *&c. a n. 44.*

Filiusfam. miles, vt miles, non habet peculium quasi castrense, sed simpliciter castrense. n. 45.

Vnus, & idem filiusfam. potest habere peculium castrense, & quasi castrense. n. 46.

Filiusfam. indistincte testari potest attento iure communi de peculio castrensi. nu. 47.

Quomodo id procedat apud Lusitanos, ibidem cum nu. seqq.

Ordinat. Lusitana, lib. 4. tit. 97. §. 9. ibi: para caualaria, *&c. est correctoria iuris communis, ibidem.*

Valet hæc consequentia, filiusfam. aliquid tenetur conferre, ergo de eo testari non potest. n. 48.

Quomodo apud Lusitanos intelligatur castrense id, quod a patre donatur filiosfam. militi. nu. 49.

Apud Lusitanos restrictior conceditur facultas testandi filijsfam. quam attento iure communi. numer. 50.

Explicatur Ordinat. Lusitana lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1. dum filijsfam. testari permittit de castrensi peculio, a num. 47. & omnino. numero 78.

Filijsfam. habent hæredem ab intestato in bonis l. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, & in reliquis, quæ vel pleno iure, vel quoad proprietatem tantum acquirunt. a nu. 51. & 56. & seq. & 78.

Explicatur latissime Auth. de hæredibus ab intestato. §. 1. cum sequentibus collat. 9. a nu. 53.

Bona castrensia olim intestato filio pater in solidum acquirebat, exclusis etiam liberis defuncti. nu. 54. & 61 ad fin.

Bonorum castrensium, vel quasi, & aduentitiorum, quæ pleno iure filijsfam. quærebantur, postquam ad eorum liberos peruenerant, vsusfructus avo acquiritur, in cuius sunt potestate. nu. 55.

L. per curatorem, §. 1. aliàs l. per procuratorem, §. 1. ff. de acquirend. hæredit. quomodo hodie procedat, ibidem.

Principium Inst. quibus non est permiss. fac. & l. 3. l. 4. C. de bonis, quæ liberis, & l. vlt. C. communia de success. dum præferunt fratres defuncti, ipsius parenti, emendantur nouissimo iure Auth. nu. 58.

Successio iure peculij in bonis filijfam. demortui, iam non habet locum, nisi in profectitijs. nu. 59.

Explicatur l. filiusfam. 18. ff. ad legem Falcid. numer. 60.

An filiijfam. in ijs bonis, de quibus non possunt testari, & in quibus habent hæredes legitimos, possint eos rogare ab intestato. n. 61.

Regula l. Diui, 6. §. codicillos. ff. de iure codicillorum semper fuit obseruata. eodem. n. 61.

L. pater 17. ff. de castrensi peculio an, & in quo sit emendata. n. 62.

Explicatur l. 1. ff. quando de peculio actio annalis est, quando nunc procedat, ibidem.

Explicatur l. pater, 7. §. 1. ff. de peculio castr. numer. 63.

Vt edictum, si quis omissa causa testamenti, *habeat locum contra eum, qui possidet, requiritur, vt possideat verè, vel simulatè, tanquam hæres legitimus. n. 64.*

Ampliatur l. 1. §. non quærimus, vers. toties, & l. vlt. ff. si quis omissa causa test. ibidem.

Vt pater nunc transmittat bona filij intestati castrensia, quasi castrensia, & reliqua, quæ vel pleno iure, vel quoad proprietatem filius quærit; requiritur aditio: secus de iure antiquo, numero 65.

In successione iure peculij, quæ filio versabatur, ibidem.

Explicatur latissime l. seruum filij, 44. ff. de legatis, lib. 1. à num. 66. cum seqq. & quomodo iam hodie procedere possit. nu. 32.

Explicatur itidem latissime l. proponebatur, ff. de castr. pecul. ibidem.

Pater in bonis castrensibus filij quomodo olim censebatur dominus, etiam in vita filij. a nu. 67.

Explicatur l. filiusfam. 14. ff. de castrensi peculio. ibidem.

Explicatur lex si seruus communis, 18. ff. de stipul. seruorum, quod non procedat in patre iure peculij succedente, ibidem.

Quando pater olim legabat rem filij castrensem, vt suam legabat. nu. 68.

Bene potest interpretari dispositio paterna sub conditione si filius præmoriatur, quin sit contra votum parentum. nu. 69.

Pater institutus in rebus castrensibus filijfamil. etiam olim vt in omnino alienis succedebat. numero 70.

Explicatur lex vltima, ff. de castrensi peculio. numero 71.

L. cum rem alienam, 10. vers. quod si suam, C. de legatis, non habet locum in libertate seruo alieno relicta, quem testator suum putabat, ibidem.

Explicatur l. 1. versic. vlt. ff. de castrensi peculio. num. 73.

Explicatur regula l. vlt. C. de hæredibus instituend. cum similibus, quando dicit quod hæres hæredis, antiqui testatoris est hæres. ibidem.

An Auth. de hæredibus ab intestato, §. 1. collat. 9. procedat apud Lusitanos. a nu. 74.

Apud Lusitanos ius patriæ potestatis soluitur per legitimas nuptias, ibidem.

Filius naturalis patris plebei apud Lusitanos censetur legitimus, & cum legitimis semper succedit, vel sine illis. nu. 75.

Pater apud Lusitanos in sui filijfam. intestati bonis vt hæres succedit. ad Ord. Lusitanam lib. 4. tit. 91. in princip. & quæ vtilitas exinde colligatur, a num. 76.

Pater apud Lusitanos in successione filij excludit fratres defuncti, similiter & quilibet ascendens, ibidem.

Ius commune apud Lusitanos seruatur pro lege, quando contrarium non est constitutum; aut stylo, vel consuetudine Regni receptum: nisi materia peccati sit, quia tunc testatur iure Canonico. num. 77.

Filiusfam. testans de castrensibus, vel quasi castrensibus, apud Lusitanos tenetur parentes instituere; & quomodo id intelligatur. numero 78.

Explicatur Ordin. Lusitana, lib. 4. tit. 91. §. 1. ibidem.

Filiusfam. in expeditionibus testans, adhuc hodie potest patrem præterire citra metum querelæ. ibid.

CAPVT V.

Ventilatur quæstio, Vtrum filiusfam. possit testari de bonis, quæ eidem acquiruntur ex dispositione l. cum multa, C. de bonis quæ liberis, &c.



1 CRebriori † calculo recepta sententia affirmantem partem sequitur, ut tradit Crotus in repetitione l. frater a fratre, ff. de condictione indeb. n. 112. vbi eandem sequitur Bapt. Caccialup. nu. 103. Gulielm. Benedict. in cap. Rainutius, verbo, matrem, n. 17. plures refert, & sequitur Lusitanus Caldas, in l. si curatorem, C. de in integr. restit. minorum, verb. læsis, n. 108. eandem amplectitur Gomez. in §. actiones, n. 15. Inst. de actionib. agnoscit Vigl. in principio, Inst. quibus non est permissi. facere testam. 16. ante finem. Decius, in l. penult. C. qui testam. fac. poss. n. 8. cum sequenti.

2 Quæ communis † sententia in primis suadetur ex d. l. cū multa, vbi Iust. constituit ita: *filiusfam. tamen constitutus, vel constituta habeat huiusmodi res omni acquisitione absolutas, nemini eas acquirat: neq; earum vsumfructum pater, vel auus, vel proauus sibi vendicet: sed ad similitudinem castrensis peculij omnem facultatem in eas filij, vel filiæfam. habeant,* &c. Quibus verbis clare ostendit Imp. bona hæc se habere ad instar peculij castrensis: constat autem ijs omnibus permissam esse actiuam testamenti factionem, qui peculium habent quasi castrense, §. vltimo, Inst. de milit. test. ibi: *Nostra id constitutio latius extendens, permiserit omnibus in eiusmodi peculijs testari quidem*, &c. ergo de præfatis bonis, quæ ad similitudinem bonorum castrensium sunt redacta, filiusfam. testari ualet.

Præterea confirmatur ex Auth. Vt liceat matri, & auiæ, §. 1. collat. 8. ibi: *Res autem ita relictas, siue donatas, positis sub potestate personis (siquidem perfectæ sint ætatis: licet sub potestate sint) licentiam habeant quo volunt modo disponere*, &c. Si ergo filijsfam. permittitur disponere quomodo velint de bonis, in quibus parentibus non quæritur vsusfructus, & consequenter testari, vt tenet Decius, vbi supra, n. 6. & clarius n. 12. à fortiori id permittetur in dictis principalibus donationibus, quæ se habent ad instar peculij castrensis.

Tandem

Tandem confirmatur ex l. vltima, §. filijs autem, C. de bonis quæ liberis, ibi: *Filijs autem fam. in his dumtaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, donec parentes viuunt; nec eisdem rebus testari permittimus*, &c, ergo à contrario sensu, de illis bonis quorum vsusfructus patri non acquiritur, testari permittitur: & consequenter a fortiori de prædictis donationibus, in quibus nec parentibus vsusfructus acquiritur, insuper & iure peculij castrensis censentur.

3 Verum contrariam † sententiam, immo filiumfam. de prædictis bonis testari non posse veriorem dicit Crotus, vbi supra. eandem sequitur vir in legali peritia, & morum integritate eximus Benedictus Aegidius Lusitanus, in repetitione l. 1. C. de sacros. Eccles. 1. part. §. 7. n. 14. quam & ego amplector, & suadeo
4 sequentibus fundamentis. Nam † in primis testandi prohibitio filijsfam. iniuncta, non solum ratione bonorum deficientium ex vi patriæ potestatis: sed etiam iure publico introducta est, vt ostendit I. consultus in l. qui in potestate, ff. de testament. & ideo nec permittente patre, & bona condonante filiusfam. testari poterat, dicta l. qui in potestate, l. tam is, §. 1. ff. de donationibus causa mort. princip. Instit. quibus non est permiss. fac test. vbi late Doctores. Viglius à n. 7. & reliqui recentiores, Iul. Clarus, in §. testamentum, q. 18. in princip. & in vers. 1, in vltimis verbis; & aperte id constituit Iustinianus, in l. penult. C. qui test. fac. poss. ibi: *nemo ex lege, quam nuper promulgauimus, in rebus, quæ parenti acquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum: & permissum fuisse filijsfam. cuiusque gradus, vel sexus testamenta facere: siue sine patris consensu bona possideant*, &c. & ibi: *sed antiqua lex per oĩa obseruetur*, &c. Quibus verbis ostendit testandi facultatem filijsfam. inhiberi, non solum ratione bonorum, sed ratione etiam personæ iure publico inhabilis, ergo dum hæc generis prohibitio expresse non corrigitur, in terminis l. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, &c. correcta non censebitur.

5 Deinde † confirmatur, quia constitutio dictæ l. cum multa, prius exijt, quam l. vlt. C. de bonis quæ liberis, & multo prius, quam l. penult. C. qui test. fac. poss. nam edita fuit à Iustiniano Constantinopoli, Lampadio, & Oreste Consulibus, vt patet ex eiusdem subscriptione: & in ea rescribitur Iuliano Præfecto Prætorio, constat ex epygraphe. At in l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis, quæ liberis, & ab eodem Iustiniano rescribitur Ioanni Præfecto Prætorio, vt patet ex epygraphe: quod contigit post Consulatum Lampadij, & Orestis; vt colligitur ex Fastis Consularibus, & Chronologia Roman. nouiter annexa Pandectis sub signo Aquilæ renouantis; quæ probatio legitima est ex ijs, quæ Bald. per textum ibi, in l. 1. ff. de officio Quæstoris, vltra Doctores ordinarios notat Decius, in l. 1. nu. 21. ff. si cert. petat. plures refert, & sequitur Gama senator Lusitanus, decis. 335. n. 7. colligitur etiam apertè, ex inscriptione, & subscriptione l. vlt. C. de inoff. testam. l. antepenult. l. penult. l. vlt. C. qui testam. facer. poss. quæ subscriptio casu defecit in d. l. vlt. C. de bonis quæ liberis, &c. Certum etiam est, quod post eandem l. vlt. C. de bonis quæ liberis, in qua agebatur de libera disponendi potestate, quam filijsfam. habebant in bonis, quorum nec vsusfructus parentibus quærebatur; superuenit dicta l. penult. C. qui testam. fac. poss. vt ex eius litera constat, & agnoscit glossa prima ibidem, in vltimis verbis. Decius, n. 2. & fere reliqui: in qua Iustinianus in vniuersum constituit, amplam disponendi potestatem filijsfam. elargitam de bonis pleno iure quæsitis, non esse extendendam ad testamenti actiuã factionem, quinimmo seruanda iura antiqua, quæ id generaliter, & indistinctè interdicebant, & consequenter filijsfam. de bonis prouenientibus ex Imperiali liberalitate, quæ ante constitutionem dictæ l. penult. eisdem pleno iure obuenerant, testari non poterunt.

6 Tandem † dicta l. cum multa, collocatur sub tit. de bonis, quæ liberis, &c. in quo non agitur de facultate testandi filijsfam. concedenda; sed potius, & dumtaxat de acquisitione, vel quoad proprietatem tantum, vel etiam pleno iure filijs concedenda; sic limitata regula l. placet, ff. de acquir. hæredit. vnde in dubio debet intelligi secundum Rubricam, sub qua ponitur, iuxta ea, quæ late tradit Decius, in l. 1. n. 9. ff. si cert. petat. Nec contrarium cuinceunt verba dictæ l. cum multa, ibi: *ad similitudinem castrensis peculij*, &c. vt ex infra dicendis apparebit.

Satisfaciamus nunc aduersæ sententiæ fun-
7 damentis; & in primis † pro solutione primi aduerte, quod licet filijsfam. multarum legũ, & constitutionum beneficio, peculia quasi castrensia data sint, vt inquint Vlp. in l. 1. §. nec castrense, ff. de collatione bonorum, non ob id tamen ijsdem statim permittitur actiua testamenti factio, vt patet ex §. vlt. Inst. de testam. milit. ibi: *Cum ad exemplum castrensis peculij, tam anteriores leges, quam principales constitutiones, quibusdam quasi castrensia dederant peculia: & horum quibusdam permissum fuerat, etiam in potestate degentibus testari*, &c. Vnde antiquitus non sequebatur; filiusfam. habet peculium quasi castrense, ergo de illo testari potest.

8 Et secundum † hoc debet explicari Vlp. in l. filiusfam. 7. §. vlt. vers. vlt. ff. de donationibus. vbi inquit: *Caeterum, qui habent castrense peculium, vel quasi castrense, in ea conditione sunt, vt donare, & mortis causa, & non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant.* vt scilicet filij fam. qui habent peculium quasi castrense, de eo testari possint, quando ab ali qua lege, vel principali constitutione specialiter permissum fuerit, iuxta dictum §. vltim. Inst. de testam. milit. & l. vlt. C. de inoff. testam. ibi: *in tali igitur peculio, quod quasi castrense appellatur, quibusdam personis licentia conceditur condere quidem testamenta*, &c. & ibi: *Quia non omnibus passim, sed quibusdam personis, hoc priuilegij loco concessum est*, &c. & ita non omnibus peculium quasi castrense habentibus generaliter testari permittebatur.

9 Praeterea aduerte, † quod hanc facultatem testandi, quam aliquot anteriores constitutiones filijsfam. concesserant, de bonis quasi castrensibus, extendit Iustinianus ad plures casus, in quibus filij fam. peculium habent quasi castrēse, vt colligitur ex §. vlt. Inst. de test. mil. ibi: *Nostra id constitutio latius extendens*, &c. quae est in l. vlt. C. de inofficioso testam. Dum igitur Iustinianus in dicto §. vlt. dicit, se in sua constitutione praedictam permissionem ad plures casus extendisse, necessario supponit, non aliter filiofam. habenti peculium quasi castrēse permissam esse testandi licentiam, nisi vel denuo specialiter permittatur, à lege, vel appareat cōcessū in dicta Iustiniani, cōstitutione ex verbis, aut mente ipsius, vt inferius latius ostendemus. Vnde adhuc hodie, non ualet dicta consequentia, filiusfam. habet peculium quasi castrense, ergo de eo testari valet.

Vt igitur cognoscamus an inter casus dictę l. vlt. C. de inoff. test. ex verbis, aut ratione ipsius, debeat etiam connumerari casus dictae l.
10 cum multa, suppone † dictam l. cum multa, editam fuisse ante l. vlt. C. de inoff. test. nam, vt patet ex subscriptione, promulgata fuit Cōstantinopoli Lampadio, & Oreste Consulibus: at dicta l. vlt. similiter Constantinopoli, sed post Consulatum Lampadij, & Orestis. Vnde solicite enmerando casus, in quibus filijsfam. peculium quasi castrense habentibus, & de eodem vel anterioribus legibus, vel sua noua cōstitutione testari permittit, si mens Iustin. in d. l. vlt. fuisset, vt filij fam. qualequale peculium quasi castrense habentes, indistincte testari possent, debebat etiam meminisse casus dictae l. cum multa, quam ipse antea ediderat, & erat in recenti obseruatione, in qua donationes principum filijsfam. factae iure quasi castrensium censebantur. Sed consulto hunc casum omisit ex infra dicenda ratione. Constat igitur ex verbis dictae l. vlt. C. de inoff. testam. non comprehendi casum l. cum multa.

11 Et quod nec † etiam in eius ratione contineatur, exinde suadetur: quia in dicta l. vlt. illis tantum filijsfam. in peculijs quasi castrensibus testari permittitur, qui sunt in imaginaria quadam militia, vt inquit Viglius in §. vlt. Inst. de testam. milit. nu. 1. nam loquitur de Proconsulibus, Praefectis legionum, Praesidibus prouinciarum, & omnibus generaliter, qui in diuersis dignitatibus, vel administrationibus positi, à principis manu, vel ex publicis salarijs consequuntur largitates. vt patet ibi, *& omnibus generaliter, qui in diuersis dignitatibus, vel administrationibus positi, à nostra consequuntur manu, vel ex publicis salarijs quasdam largitates*, &c. agnoscit Lusitanus Caldas, in l. 3. C. de in integr. restit. minorum, verb. laesis, nu. 98. & nu. 101. vers. magis cauendum ergo quidquid filij fam. ex principali liberalitate nanciscuntur, nisi in aliqua administratione sunt positi, quamuis peculium quasi castrense fiat, (vt in dicta l. cum multa) non comprehendetur in l. vlt. C. de inoff. test. vt de co testari valeant.

Deinde eadem facultas testandi filijsfamil. concessa de peculio quasi castrensi, in dicta l. vlt. porrigitur ad patronos causarum, memoriales, & agentes in rebus: necnon magistros studiorum liberalium artium, archiatros quoque, & alios omnes omnino, qui salaria, vel stipendia percipiunt publica, vbi Imperator requirere videtur duo copulatiue concurrentia; vt filius fam. de peculio quasi castrensi testari possit: primum, & praecipuum, vt persona sit in imaginaria quadam militia, & exercitio quasi militari, nam omnia haec fere officia militiae dicuntur, vt colligitur ex l. illud, C. de collationibus, l. Lucius, 22. ff. de legatis, lib. 2. eleganter Tellius Hispan. ad l. 26. Tauri, à nu. 6. Alciat. lib. 8. Parerg. cap. 5. Taurellus, tract. de militijs, Connan. lib. 4. comm. cap. 15. nu. 12. Cuiac. in l. 3. §. si quid minori. ff. de minoribus. plures refert insignis Lusitanus Aluar. Vallascus. in tract. de partit. & collat. cap. 13. nu. 60. vbi explicat, quae fuerint istae militiae. Secundum, vt salarium, vel stipēdium percipiat publicum, innuit Decius, in l. vlt. nu. 4. C. qui testam. fac. possunt, tradit elegans glossa, verb. castrense, in l. fori, 4. C. de aduocatis diuersorum iudiciorum, glossa verb. castrensibus, in §. 1. Inst. per quas personas nobis acq. & vtrumque deficit in terminis dictae l. cum multa, vt apparet.

12 Nec † obstat dicta l. vlt. C. de inoff. test. in vers. in his itaque, ibi: *In his itaque omnibus sancimus, quibus ad imitationem peculij castrensis, quasi castrense peculium superuenit: omnibus, qui tale*

tale peculium possident, super ipsis tantumodo rebus, quæ quasi castrensis peculij sunt, vltima condere posse elogia, &c. vbi videtur Imper. permittere omnibus filijsfamil. qui peculium habent, ad instar castrensis, testandi potestatem, & consequenter in terminis dictæ l. cum multa.

Etenim respondetur, Iustinianum in dicto vers. in his itaque, solum reducere in epylogum, quæ præfatus fuerat: nam dictio *(itaque)* suapte natura breuem omnium præcedentiū collectionem inducit. Item & dictio *(in his)* sicut & dictio *(huiusmodi)* ad præcedentia refert sequentem dispositionem, vt innuit glossa, verbo, qui rem, per textum ibi, in Auth. Qui rem, C. de sacros. eccles. Latè comprobat Decius ibidem, nu. 15. Vnde colligitur, Imp. in dicto vers. in his, non concessisse generaliter filijsfam. testandi facultatem de bonis quibusuis quasi castrensibus, sed de ijs tantum, quæ ratione officij, vel exercitij quasi militaris percepta talia dicerentur: sicut castrensia appellantur illa, quæ filiusfam. ratione vel occasione militiæ acquirit, l. miles filiusfam. 5. l. castrense, 11. ff. de castrensi peculio. l. 1. C. eo-
13 dem tit. lib. 12. cum alijs. At † bona de quibus loquitur dicta l. cum multa, non quidem dicuntur quasi castrensia, ratione exercitij quasi militaris, (ibi enim agitur de donationibus à Principe factis filiofam. simpliciter) sed potius ratione dantis, quia scilicet proueniunt à manu Principis; atque ita priuilegium, quod ad instar castrensium censeantur, bonis ipsis iniungitur, quoad effectus, de quibus infra; non verò habet initium à persona filijfam. vnde nihil mirum, quod de ipsis testari nequeat, cum plenissima, quantum maxime, proprietas bonorum non sufficiat, nisi persona habilis reddatur, iuxta l. penult. C. qui test. facere poss. Cum igitur in dicta l. cum multa, priuilegium bonis tantum à Principe donatis indulgeatur, non verò personæ filijfam. donatarij; sequitur filiumfam. etiam quoad illa manere in antiqua prohibitione testandi.

14 Nec obstant † vltima verba dictæ l. cum multa, ibi: *Vt enim Imperialis fortuna omnes supereminet alias; ita oportet Principales liberalitates culmen habere præcipuum*. Quibus Imper uidetur innuere, quod liberalitas principalis filijsfam. collata, non solum adimit parētibus vsusfructus acquisitionem, & filijsfam. liberam inter viuos disponendi potestatem largitur, sed & testandi facultatem: nam quælibet alia priuati donatio poterat efficere, ne viusfructus patri quæreretur, Auth. Vt liceat matri, & auiæ, in princip. coll. 8. Auth. Excipitur, C. de bonis, quæ liberis.

Facile enim occurres, si aduertas, tempore, quo exijt in lucem dicta l. cum multa, solum in fauorem filiorumfam. extare constitutionem eiusdem Iustiniani, in l. cum oportet, C. eodem tit. de bonis quæ liberis, &c. in qua bonorum aduentitiorum sola proprietas filijsfam. inhærebat, vsusfructus verò ad patrem
15 commeabat. Vnde † prima bona, quæ filijsfam. tibi pleno ac directo iure quæsiuere, fuerunt illa, quæ à principe donantur, iuxta dictam l. cum multa & ideo merito tunc temporis dicitur, donata à Principe filijsfam. omnes priuatorum donationes in eisdem terminis factas excedere: nam, quod etiam in donatis à priuato possit pater donatarij priuari vsufructu, nouissimo Authenticorum iure introductum est, vt patet ex dicta Auth. Excipitur, & ex corporis, vnde sumitur.

16 Immo † etiam nunc, quoad prædictum effectum, donatio Principis excedit donationes priuatorum: nam hæ non impediebant vsusfructus acquisitionem, nisi à donantibus vel relinquentibus exprimeretur, dicta Auth. Excipitur, & corpus, vnde sumitur, vt etiam constituit legislator Lusitanus, lib. 4. tit. 98. §. 1. At donatio principis, qua simpliciter talis, hunc effectum operatur, dicta l. cum multa. Menchac. de success. creat. §. 26. ex nu. 2. & 5. Cassanæus in Catalog. glor. mund. 5. parte. consid. 24. priuileg. 154.

17 Si † autem quæras, cur Imper. in dicta l. cum multa, prædictas Imperiales donationes redegerit ad instar bonorum castrēsium, mihi videtur id propterea effecisse, quia cum tunc temporis plena bonorum acquisitio filijsfam. interdiceretur, ne scilicet ipsorum personis inhæreret: vt prærogatiua imperialium donationum insolens, & inaudita non appareret, contra regulas iuris antiqui, illo velamento cooperuit, vt censerentur iure quasi castrensium bonotum, & ita effugerent parentum acquisitionem, argumento l. cum oportet, vers. sic etenim, supra eodem tit. de bonis quę libetis, &c. vnde manifeste colligitur, mentem Imperatoris in eo constitisse, vt bona illa subtraheret tantum ab acquisitione paterna; non vero, vt de illis etiam filiusfam. donatarius testari posset. Vnde merito sequebatur huiuscemodi bona in se esse aduentitia, sicut in l. Imper. ff. ad Trebell. quod non percepit insignis Caldas Lusitanus, in l. 3. C. de in integr. rest. verb. læsis, nu. 107. vers. rursus, & ita merito vocabantur ab antiquata Ord. Lusitan. lib. 4. tit. 77. §. 8. cuius verba nunc in repetita prælectione sunt immutata fórsan ob præfati Doctoris sententiam, & id immerito, vt ex dictis & dicendis colligetur.

18 Ex † dictis satis colligitur, de bonis dictæ l. cum multa, C. de bonis, quę liber. non posse filium-

filiumfam. testari: & consequenter adhuc hodie non sequi, filiusfam. habet peculium quasi castrense, ergo de eo testari potest: nisi huius peculij prærogatiua, quæ quasi castrense dicitur, proueniat ab exercitio, siue gradu persona li, in quo quasi militare videatur: nam priuilegium testandi filijsfam. concessum, non à qualitate bonorum (vt supra probauimus) sed potius personæ debet oriri.

Vnde si filiusfam. in eo exercitio perstiterit, in quo secundum iuris dispositionem militare censetur, rectè ad hunc casum ducetur testandi permissio, ex dicta l. vlt. C. de inoff. test. innuit Iosephus Gonzalezo Flor. cap. 12. var.
19 quæst. n. 8. & hinc prouenit, quod † filijsfam. clericis testari permittitur, in Auth. Presbyteros. C. de Episcop. & cleric. & in l. sacrosanctæ; 32. supra eodem tit. nam isti sunt in militia quadam cælesti, vt est glossa communiter approbata in l. miles, 6. verbo, facere potest, ff. re iudicata faciunt quæ Euerardus, in centuria legali loco 56. satis in terminis comprobat, Caldas in d. l. 3. C. de in integr. rest. verb. læsis, n. 103. satis innuit Imp. in Auth. de sanctiss. Episcop. §. presbyteros. Collat. 9. nam postquam in §. præcedenti, vers. sancimus autem, iussit vt clerici inplerent omne ministerium ecclesiasticum, statim eis subiūgit testandi facultatem de bonis intuitu illius ministerij quæsitis, non verò de alijs, vt merito tenet Bart. in dicta l. sacrosanctæ, argumento l. si forte, 8. ff. de castrensi pecul. cum similibus, vbi quod non intuitu, vel occasione militiæ donatur, vel relinquitur filiofam. militi, peculio castrensi non aggregatur glossa. verb. castrensibus, in §. 1. Inst. per quas personas nobis acquiritur. Constat igitur priuilegium bonorum in dicta Auth. Presbyteros, ortum habuisse ab exercitio personæ, & de illis tantum posse testari, quæ ab illo ministerio, vel occasione ipsius processere, quidquid contradicat Couar. & alij relati per Ioseph. Gonzalez Flores, cap. 12. var. quæst. n. 10. vbi sine concludenti ratione constituit differentiam inter armatos, & cælestes milites. Late etiam per Lusitan. Caldas, d. verbo, læsis, n. 103. quorum fundamentum facile eluditur: de qua testandi facultate videndus est Decius in l. senium, C. qui test. facere poss. Viglius in principio, nu. 18. Inst. quibus non est permiss. fac. rest.

20 Hinc † etiam corroboratur sententia glossæ, verbo, castrensi, in l. fori, 4. C. de aduocatis diuersorum iudiciorum, vbi putat aduocatum filiumfam. posse testari de bonis, quæ percipit ex officio suo, quamuis non sit de publico solario; vt aliàs loquebatur l. vlt. C. de inoff. test. notat glossa, verbo castrensibus, in §. 1. Inst. per quas personas nobis acquiritur; & dictam glossæ sententiam sequitur Bald. & reliqui, in d. l. fori. Decius in l. vlt. n. 4. C. qui testam. fac. poss. Iul. Clarus in §. testamentum, q. 18. vers. sed quid de salario sentit doctissim. Peregrin. consf. 84. n. 1. dum inquit, aduocatus quidquid acquirit, ratione sui officij, esse quasi castrense. Late Iosephus Gonzalez Flores, cap. 12. var. quæst. nu. 8.

Mouetur glossa ex eo, quod lucra, quæ à priuatis intuitu officij filiusfam. aduocatus percipit, subrogata sunt loco publici salarij: & consequenter sicut de hoc, ita de illis testari poterit, iuxta regulam §. fuerat, Inst. de actionibus, cum similibus. Verum hoc fundamentum non satisfacit: nam facultas testandi filijsfam. aduocatis cōcessa, non à bonis processit, sed à psona in exercitio quasi militari cōstituta: vt supra probauimus, & infra ostēdemus: vnde frustra hoc totum refert glossa ad bona.

At Decius vbi supra, mouetur ex dicta l. fori, ibi: *Quidquid ex huiusmodi professione, vel ipsius occasione quæsiuerunt*, vt ibidem notat Bald. & reliqui, & iuuat l. 1. §. in honorarijs, ff. de varijs & extraordin. cogn. ibi: *Vt pro modo litis, proque aduocati facundia, & fori consuetudine, & iudicij, in quo erat acturus, æstimationem adhibeat*, &c. vbi aduocatis à priuatis salaria præstari iubentur, quibus aliàs de quæsitis etiā occasione officij sui testari permittitur. Facit tandem, quia sicut peculij castrensis est, quidquid occasione militiæ acquiritur, l. miles, filijsfam. 5. ff. de castrensi peculio, l. 1. & si cum allegas, C. eodem tit. lib. 12. ita etiam peculij quasi castrensis erit, quod occasione officij percipitur, & in terminis nostris tenet Albert. in dicta l. fori, plures, de quibus Decius in dicta l. vlt. num. 5.

Verum hoc etiam Decij, & relatorum fundamentum solum respicit qualitatem bonorum; quæ vt diximus non sufficit, vt quis testari possit, non tamen exprimit genuinam rationem ob quam de illis filiusfam. aduocatus te-
21 stetur: vnde ex dictis, colliges † hoc totum pendere ab exercitio quasi militari, vt ostendimus ex l. aduocati 14. C. de aduocatis diuers. latè comprobat insignis Vallasc. tract. de partit. cap. 13. n. 160. & ante eum Lusitanus, & Caldas, in l. 3. C. de in integr. rest. min. verbo, læsis, à nu. 98. cum sequenti. vbi plurimos in id congerit, & satis innuunt Cæsares, in dicta l. fori, ibi: *Ad exemplum militum*, &c. vbi non solum dixere tale peculium censendum iure castrensis, sed etiam ad exemplum militum, vt videatur priuilegium ratione exercitij emanasse, vt aliàs de silentiarijs tradit Imper. in l. vlt. C. de silentiarijs, lib. 12. ibi: *Iubemus clarissimorum silentiariorum præditos militia*, &c.

&c. & ibi: *Per militiam, vel quamlibet huiusmo-*
di causam, his acquisita sunt, vel fuerint, iure ca-
strensis peculij possidere, &c. vnde silentiarij me
rito de hoc peculio quasi castrensi testari po-
terunt. Idem de Palatinis dicendum est, si
quando in palatio, vel parcimonia propria,
vel ex donis principis aliquid consequuntur:
nam totum hoc peculium, vt castrense æsti-
mabitur, & de eo testari poterunt adhuc in
22 potestate patria; sic † declarata l. vnica, C.
de castrensi omnium palatinorum peculio,
lib. 12. idque ex ratione, quam exprimit Cæ-
sar ibi: *Sed nec alieni sunt à puluere, & labore ca-*
strorum, qui signa nostra comitantur, qui præsto
sunt semper actibus, &c. & ad hos Palatinos ple
no iure spectant, quæ vndecunque quæsiue-
rint ratione sui ministerij, argumento l. vlt.
C. de silentiarijs, hoc eodem lib. & eorum
quæ supra tradidimus, siue etiam à patre pro-
ficiscantur. ad quod faciunt, quæ tradit insi-
gnis Vallasc. Lusit. tract. de partit. ca. 13. nu.
167. Vnde Ord. Lusitanam, lib. 4. tit. 97. §.
9. iuncto præcedenti, esse correctoriam iuris
cõmunis, apparet, dum constituit ita: *quando*
que dissemos, que, o que for dado para caualaria,
ou paço, se nam traga à collaçam, se entende, quan
do as cousas, que forem dadas, sam ia gastadas &c.
id est *Hoc, quod dicimus, filijs à parentibus datum*
ad equestrem militiam, vel palatium, non esse con-
ferendum reliquis fratribus, intelligitur, quando
prædictæ res datæ iam sunt consumptæ, &c. qui-
bus verbis aperte ostendit Ord. id quod pater
dat filio palatino occasione palatij, non fieri
pleno iure filij, si extat: vnde tenetur confer-
re, & consequenter a fortiori de eo testari ne-
quibit, attento eodem iure Lusitano; cuius cõ-
trarium tam respectu collationis, quã actuum
inter viuos, & vltimæ voluntatis etiam viuen-
te patre constituit, dicta l. vnica, iuncta glossa
ibidem, verbo præcipimus, & reliquis scribb.
necnon ijs, quæ supra diximus, vbi omne id di-
citur peculij quasi castrensis, quod etiam occa
sione exercitij quasi militaris vndecunque quę
ritur. In eo tamen adhuc dicta l. vnica, apud
Lusitanos manebit incorrecta, quod filius-
fam. palatinus non à patre, sed vel a principe,
aut aliunde intuitu palatij acquirit: quod nec
reliquis fratribus conferet; immò de eo ad li-
bitum disponere poterit, donando, distrahen-
do, testando: quamuis iam palatium non ob-
seruent, sed optat quiete sint donati, l. 2. ad fi-
nem, C. de priuilegijs eorum, qui in sacro pa-
latio, &c. lib. 12.

23 Secundum quæ † etiam declarabis l. vlt. C.
de castrensi peculio, lib. 12. vbi constituitur
scriniarios, & exceptores, & reliquos, qui in
officio principis merentur, habere ius castren-
sis peculij, vt scilicet intelligatur de eodem
posse testari in potestate patria: nam priuile-
gium huius peculij oritur ab officio, & exer-
citio, in quo quasi militant, vt inquit dicta l.
vlt. ibi: *ac si in legione prima adiutricis nostræ*
Respub. militent, &c. vbi potius lege, adiutri-
ces, argumento l. 1. C. professoribus &c.
lib. 10.

Ex quibus omnibus constat filiumfam. ad-
uocatum posse testari de ijs, quæ ex officio
suo, vel occasione ipsius acquisiuerit, quamuis
non percipiantur ex publico salario, vel stipen
dio, argumẽto l. 1. C. de castr. peculio, lib. 12.

Nec obstant quę supra notauimus ex l. vlt.
C. de inoff. testam. vbi quoad causarum patro-
nos, vt peculium diceretur quasi castrense, re-
quirebatur, quod perciperetur ex publico sa-
24 lario, vel stipendio. † Satisfit enim si aduer-
tas, quod principaliter intenditur in peculio
quasi castrensi quoad testandi facultatem, vt
percipiatur ratione, vel occasione exercitij
quasi castrensis; in quo filiusfam. versatur; vt
supra probauimus. Quod autem percipiatur
ex publico salario, vt volebat dicta l. vlt. C. de
inoff. test. vel id prouenit ex eo, quod ex prę
statione salarij publici, exercitium approbe-
tur; vnde postquam constiterit approbatum
esse, nihil intererit, an tale peculium ex publi-
co, vel priuato salario coalescat: vel si omni-
no requiratur, quod de publico sit perceptum;
sufficiet, vt subrogatione tale dicatur, & tunc
recte aptatur ratio glossæ, verbo, castrense, in
l. fori, 4. C. de aduocatis diuers. iudiciorum.
aut sufficiet approbatio legis taxantis tale pri-
uatum salarium, quasi de publico præstaretur,
vt fit in l. 1. vers. in honorarijs, ff. de varijs, &
extraordinar. cognit. & apud Lusitanos est
Ord. lib. 1. tit. 91. per totum; apud Hispanos,
l. 9. tit. 18. partita 5. foret enim satis graue Rei
pub. si omnibus necessarijs officialibus salaria
de publico præstarentur; nec esset satis gratio
sum ipsis officialibus, si de publico tantum te-
stari valuissent, non etiam de eo, quod occasio
ne officij licite quæsiuissent; & quod diximus
de aduocato, intellige etiam in Doctore, ex di
ctis, & ijs, quæ tradit Peregr. cons. 84. nu. 1.
idem latè comprobat Caldas, d. verb. *Læsis*,
num. 100.

25 Infertur † tandem medicos filiosfam. posse
testari de ijs, quæ acquirunt ex suo officio, vel
occasione ipsius, quamuis non sit ex publico,
vt aliàs requiri innuit Imp. in dicta l. vlt. C.
de inoff. test. glossa, verbo, castrensibus, in §.
1. Inst. per quas personas nobis acquir. Decius
in l. vlt. nu. 4. C. qui test. fac. poss. & quod de
publico aliquando salaria obtinerent, probat
Imper. in l. Archiatri, C. de professoribus, &
medicis, lib. 10. & quod hoc sit quasi castren-
se, probat Peregr. cons. 84. nu. 1. Caldas Lusi-

tanus

tanus d. verb. Læsis, nu. 101.

Nam id, quod in aduocatis supra diximus, ad hunc etiam casum porrigendum est, & nō solum peculium quasi castrense ad prædictum effectum dicetur, quod de publico medicus perceperit, sed & illud, quod sani offerunt pro obsequijs præstitis, iuxta dictam l. archiatri, & etiam ea, quæ exigere possunt, l. 1. vers. medicorum, ff. de varijs, & extraord. cognit. l. medicos, ad finē, C. illo tit. de professoribus, & medic. etenim medici etiam militant, morbos enim propulsant malitia, & contagio infestos, & eos militare inquit Imper. in l. vlt. C. de profess. & medic. ibi; *Inter archiatros militarunt*, &c. Vnde quidquid ex officio quasi castrensi quæsiuerint, peculium quasi castrense dicetur, vndecunque proueniat, argumento l. 3. C. de peculio castrensi, lib. 12. tradit in simili Decius, in l. vlt. nu. 5. C. qui testam. fac. poss. vbi refert plures in eandem sententiam.

Ex quibus omnibus colligitur, quod si priuilegium ad instar castrensis peculij, bonis tantum detur, nō verò à persona quasi militantis ad bona deriuetur, vt euenit in terminis dictæ l. cum multa, C. de bonis, quæ liberis, non poterit filiusfam. de eisdem testari, vt supra probauimus ex l. vlt. C. de inoff. testam.

26 Videtur † tamen obstare l. vlt. C. qui test. fac. poss. ibi: *Omnes omnino, quibus Castrensis peculij habere ex legibus concessum est, habeant licentiam in ea tantummodo vltimas voluntates condere*, &c. Quasi indistinctè nunc velit Imp. filiumfam. de quolibet peculio, quod sit ad instar castrensis, posse testari, quamuis prærogatiua talis, soli peculio indulgeatur: nam Imp. statim se restrinxit ad formam præscriptam in dicta l. vlt. C. de inoff. test. vt subiecit ibi: *secundum nostræ constitutionis tenorem, quæ talibus testamentis de inofficiosi querela immunitatem præstauit*: quæ quidem quomodo procedat, iam explicauimus.

27 Deinde † pro parte affirmatiua nostræ principalis quæstionis, non facit Auth. Vt liceat matri, & auiæ, §. 1. coll. 9. quia tantum loquitur in dispositione inter viuos, vt ibidem notat glossa, verbo, disponere, & in l. qui in potestate, verbo, nihilomagis, ff. de testam. & certe illa libera facultas magis ad administrationem, quam testationem refertur, iuxta Græcam, & authenticam lectionem, de qua Viglius in dicto princip. Inst. Quibus non est permiss. fac. test. nu. 16. Immò prout iacet, satis ostendit plenam libertatem disponendi ibi cōcessā filijsfam. restringi omnino ad actus inter viuos, inquit enim: *si perfectæ sint ætatis*, &c. Quibus verbis satis innuit, agi de alienatione inter viuos, quam vt filiusfam. in prædictis bonis libere exercere possit, requiritur, quod sit perfectæ ætatis, id est, viginriquinque annorū, quæ ætas caret restitutione, l. cum filiofam. 50. vers. ego quidem, ff. de legatis lib. 3. l. vlt. C. de his, qui veniam ætatis, &c. & ita considerat Alex. in l. penult. C. qui test. fac. pos. & Additionator ad Bart. in dicta l. qui in potestate, litera F.

Nec prædictam considerationem eneruat responsio Decij in dicta l. penult. nu. 5. C. qui test. fac. pos. vbi inquit, præfata verba: *perfectæ ætatis*, secundum subiectam materiam intelligi debere de 14. annis. Replicamus enim, quod vltra quam quod prædicta verba regulariter soleant intelligi de 25. annis, vt notat aliàs glossa, verbo, ætatis, in l. vlt. §. necessitate, C. de bonis, quæ liberis. ex eo insuper suadetur: quia perperam Imper. meminisset perfectæ ætatis, si ageretur de concedenda filijsfam. testandi facultate: nam eo ipso, quod testari permittebatur, iam certum erat, & indubitatum, implendum fore decimumquartum ætatis annum, l. qua ætate, ff. de testamentis, & ita
28 † maneret lex de indubitabili, contra regulā l. quod Labeo, ff. de Carbon. edicto, & contra ea, quæ ipse Decius late tradit in l. illam, C. de collationibus. à nu. 3. Loquitur igitur Imper. de perfecta ætate quoad administrationem; Quod satis patefecit in vers. si vero, vbi ita inquit: *Si verò ætate minores sint, per quem perspexerit testator, aut donator, hæc gubernentur, donec illi, quibus donata sunt, aut relicta, ad perfectam ætatem veniant*, &c. Quibus verbis, & sequentibus clare ostendit, se dum requisiuit in filiofam. perfectam ætatem, vt liberè posset disponere, non respexisse ad ætatem 14. annorum ad testandum, sed potius ad maiorem 25. annorum ad administrandum: & ideo subiungit, quod si minor 25. annis sit, tunc non ipse, sed alius talia bona administret. vera igitur ratio dubitandi in dicta Auth. Vt liceat, §. 1. ea fuit, an scilicet libera dispositio bonorum, quæ pleno iure liberis in potestate acquiruntur, simpliciter sit accipienda; an vero secundum regulas iuris, quæ agunt de bonis minorum, vt non aliàs minores liberè de ijs disponant, nisi postquam excesserint 25. ætatis annum? & respondet Imp. dicta bona propria quidem esse filiorumfam. & de ijsdem posse ad libitum inter viuos disponere, & administrare, dum etiam sunt in potestate patria, si perfectæ ætatis sint, hoc est, si sunt maiores 25. annis.

Vnde merito dicere possumus, exceptis casibus, in quibus specialiter filijsfam. testari permittitur, omnino aliàs prohiberi; & idem inquit glossa, verbo, potius, ad finem, in l. tam is, §. 1. ff. de donationibus causa mort. quod circa personas condentes vltimam voluntatem nihil inuenitur diminutum, aut immutatum;

Quod

Quod intellige in dubio: generalitas enim dictæ l. penult. C. qui test. fac pos. omnia com-
29 plectitur: & † eius virtus, sicut & reliquorum legum in futura tendit, l. leges, 7. C. de legibus, l. vlt. C. de vsuris. Decius in 2. lect. l. quod te. nu. 34. ff. si certum pet. & in specie Alex. in dicta l. penult.

30 Vltimum † fundamentum aduersæ sententiæ ex dicta l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis, quæ liberis, non obstat: nam vltra responsionem Viglij, in dicto princip. Inst. quibus non est permis. nu. 16. quæ respectu dictæ l. cum multa, (vt ipse agnoscit) nequaquam procedit.

Aduerte non agere Imp. in dicto §. filijs autem, de concedenda filijsfam. testandi facultate de rebus, quorum vsusfructus patri non quæritur, nec id conueniebat Rubricæ, sub qua collocatur, vt supra tetigimus: sed potius de denegandа qualibet omnino alienatione, siue inter viuos, siue per vltimam voluntatem, earũ rerum, in quibus patri vsusfructus quæritur, vt patet ibidem. Argumentum autem à contrario sensu, ex vi dictionis taxatiuæ deductum, quod Viglius vbi supra, & Decius, in l. penult. nu. 8. C. qui test. fac. pos. agnoscunt, solum concludit, quod de rebus, in quibus vsusfructus parentibus non acquiritur, filiusfam. testari potest, si reliqua necessaria concurrant, scilicet, personæ habilitas; quod autoritate, & ratione conuinco: nam post §. filijs autem, prodijt in lucem dicta l. penult. C. qui test. fac. pos. vt supra ostendimus, & ex ipsius litera cõstat, vbi expresse denegatur testamenti factio filijsfam. etiam de bonis, quæ ipsis pleno iure acquiruntur; & ita argumentum à contrario sensu deductum ex dicto §. filijs autem, nequaquam valeret, vt ita resoluens tradit in specie Bart. in l. qui in potestate, n. 2. ff. de testamentis, tradut. Dynus, & Cynus, in dicta l. penult. vbi latissime Ias. à nu. 1. glossa, verbo; dumtaxat, in dicto §. filijs, & in Auth. vt liceat matri, & auiæ, §. 1. verbo, disponere, coll. 9. Bauerius, in §. vlt. Inst. de milit. test. vbi etiam pungit Vigl. Idem Vigl. in princip. Inst. Quibus non est permiss. fac. test. nu. 16. Longa Doctorum serie, per quos est communissima sententia, id confirmat Iul. Clarus, in §. testamentum, q. 18. vers. 1.

31 Deinde † ratione conuinco. Etenim filiusfam. antiquitus non poterat testari, quia nihil peculiare habebat, ac sibi plene quæsitum. vt probat Vlp. in fragmentis, tit. de testamentis, §. filiusfam: notat Benedict. Ægidius, in dicta Repet. l. 1. C. de sacros. ecclef. 1. part. §. 7. nu. 1. postea vero, non solum ratione bonorum, sed etiam personæ, eisdem testari interdictum fuit, l. qui in potestate, ff. de testam. l. tam is, §. 1. ff. de donat. causa mort. l. penult. C. qui test. fac. pos. inde constat duplici impedimento filiumfam. adstringi, ne testamentum faceret, quorum primum tollere cœpit dicta l. vlt. C. de bonis quæ liberis, & aliæ leges, eiusdem tituli, quæ agunt de bonis filijsfam. pleno iure quæsitis. Secundum vero impedimentum ratione personæ adhuc mansit, de hoc enim remouendo nequaquam agit lex aliqua illius tituli, de bonis, quæ liberis, &c.

Quo posito, argumentum à contrario sensu, de quo agit dictus §. filijs autem, sic procedit, filijsfam. de bonis, quorum vsusfructus patri quæritur, testari; vel aliqualiter inter viuos alienare non permittitur; de illis verò, quorum vsusfructus patri non quæritur, testari poterunt, si habilitas personæ supponatur, vel superueniat; hoc est, iam bona libera non desunt, quorum defectus filijsfam. oberat, iuxta supradicta; & ita bonorum duntaxat impedimentum ad testandi potestatem, sublatum est in dicto §. filijs autem.

32 Et quia plenaria † ista bonorum acquisitio filijsfam. concessa, quodammodo videbatur testandi facultatem indulgere; successit statim dicta l. penult. C. qui test. fac. pos. quæ declarauit, quod licet iam in præfatis terminis bonorum deficientium impedimentum in filijsfam. cessaret, attamen ratio iuris publici adhuc suadebat, ne filijfam. testarentur, exceptis casibus, in quibus hoc eis specialiter permittitur.

33 Nec sustineri potest † subtilis alia solutio Decij, in dicta l. penult. nu. 8. iunctis ijs, quæ ipse tradiderat in l. 1. nu. 53. cum sequenti. ff. de officio eius, cui mand. &c. supponit ipse, argumentum a contrario sensu non includere contrarium eius, quod exprimitur, quando inter vtrumque extremum datur medium: quale reperitur inter permittere, siue concedere, & prohibere, quod dicitur non prohibere; vt latè tradunt Doctores, in l. 2. §. vlt. ff. soluto matrim. vbi insignis Barbosa Lusitanus, à princip. quo vno relato, plurimos refero; inde infert Decius, quod in dicto §. filijs autem, argumentum a contrario sensu ita deducendum est: filiusfam. non potest de ijs duntaxat bonis testari, quorum vsusfructus patri quæritur, ergo à contrario sensu rectè sequitur, non prohiberi de illis testari, quorum vsusfructus patri non acquiritur, non vero deducetur, ergo de his testari permittitur. Atque ita licet per illam legem filiusfam. non prohibeatur testari de bonis pleno iure quæsitis, prohibetur tamen per aliam, scilicet per dictam l. penult.

34 Etenim † occurrendum est, quod dictio taxatiua, suapte natura, vel contrarium actum, vel saltem aliquid dispositiuum operatur,

ratur,

ratur; hoc eſt, non debet manere in terminis, ac ſi appoſita non eſſet, aut otiaretur: conſtat autem; quod ſi in dicto §. filijs autem, argumẽtum à contrario ſolum euinceret, ne filiusfam. per illam legem teſtari prohiberetur de bonis ſibi pleno iure quæſitis, maneret omnino otioſa dictio taxatiua, de qua ibi, reſpectu facultatis teſtandi; quod non videtur dicendum, nec ipſe Decius vult. Quapropter ſi illa non prohibitio virtualiter eſt diſpoſitiua, manet in illis terminis libertas teſtandi filijsfam. conceſſa: nam regula iuris eſt, quod poſſint omnes teſtari, quibus ſpecialiter non prohibetur: edictum enim de teſtando prohibitorium eſt, vt notant omnes in Rubrica, Inſt. quibus non eſt permiſſ. fac. teſt. vbi Vigl. n. 3.

35 Immo, & † ſi argumentum à contrario ſenſu non induceret aliquid diſpoſitiuum, ſed mere negatiuum, quando ſcilicet inter duo extrema eſt medium negatiuum vtrorumque; veluti eſt præteritio inter inſtitutionẽ, & exhęredationem, vt agnoſcit Dec. in dicta l. 1. nu. 54. tunc, quando taxatio apponitur vni extremo, & a contrario ſenſu alterum non inuoluitur, medium neceſſario eligitur, tanquam quid diſtinctum; & diuerſum ab vtroque extremo: ne vel contra ſententiam Decij nuperrime citati, extremum contrarium in effectu veniat, & non medium; vel, ne ſit otioſa ipſa taxatio, vt diximus.

Secundum, ſi in dicto §. filijs autem, taxatio, illam non prohibitionem teſtandi, quam Decius interpretatur, non retinet diſtinctam à vera prohibitione teſtandi filijsfam. alias iniuncta, quæ erat alterum ex duobus extremis, prohibere ſcilicet, & permittere, ſiue concedere iam, vel nihil operaretur omnino, perinde ac ſi appoſita non eſſet: vel etiam in cõtrario ſenſu applicaretur in effectu alteri ex dictis extremis, nimirum prohibitioni teſtandi; quorum vtrumque contra naturam taxatiuæ eſt, & contra ea, quæ ſupra notauimus, etiam ex eiuſdem Decij ſententia: nam in exẽplo propoſito inſtitutionis, & exhæredationis, medium quod eſt præteritio, ſuos effectus importat diſtinctos; ab ijs, quos extrema ſcilicet inſtitutio, vel exhæredatio, operantur: Vnde, ſi dictio taxatiua, in dicto §. filijs autem, aliquid efficere debet, influet neceſſariò in aliqualem habilitatem perſonæ filij fam. circa teſtamenti factionem; quæ habilitas, vt minus obſit iuris principijs, intelligenda eſt ſecundum noſtram interpretationem.

36 Vel tandem, † ſi malueris, aliter, nec inutiliter intellige dictum §. filijs autem, quod ſcilicet, cum taxatiua generaliter præponatur, & poſtea ſequatur tam actus ſupremi iudicij, quam contrahentium inter viuos, vt patet ex litera: argumentum à contrario ſenſu ſumendum eſt ex eo membro, in quo non inducatur iuris antiqui correctio: ceſſat enim neceſſitas correctionis, quando argumentum à contrario ſenſu poteſt verificari in alijs: nam conſtans eſt Doctorum ſententemtia, tunc præfatum argumentum correctionem iuris antiqui introducturum, quando alias in lege noua maneret omnino otioſum, tradit Bart. in l. obſeruare, §. proficiſci, in 3. quæſt. ff. de officio Proconſulis, Alex. & alij, in dicta l. 1. ff. de officio eius, vbi etiam notat Decius, dicto n. 53. in princip. & ita ad illum text. etiam reſpondebat Alex. vt refert Iaſ. in d. l. pen. n. 3. verſ. contra tamen.

37 Ex dictis † etiam venit repellendus idem aliàs doctiſſimus Decius, in dicta l. penult. n. 12. C. qui teſt. fac. poſſ. vbi inquit, in omnibus bonis, in quibus patri non quæritur vſusfructus, eſſe iam habilem perſonam filijsfam. ad teſtandum; hoc enim falſum eſt: nam antiqua iura ſemper ſeruanda fore etiam in dictis bonis, ſanxit Imper. in dicta l. penult. & adhuc manet impedimentum patriæ poteſtatis illæſum, & Auth. vt liceat matri, §. 1. coll. 9. nequaquam illud remouit, quoad facultatem teſtandi, ſed dumtaxat ad libere adminiſtrandum, & diſponendum inter viuos, vt latè ſupra oſtendimus: idque ne maneret illuſoria plenaria illorum bonorum acquiſitio.

38 Nec † quidquam efficit in contrarium l. Imperator, 50. ff. ad S. C. Trebel. ibi: *Poſt decreti autem authoritatem, in ea hæreditate filio militi comparari debuit*, &c. Etenim neceſſariò intelligitur comparatio quoad adminiſtrationem, & diſpoſitionem inter viuos, vt ſatis textus explicat ibi: *Si res a poſſeſſoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporter*, &c. vbi innuit gloſſa, verbo, filio militi. tradit late Luſitanus Caldas, in l. 3. verbo, læſis, num. 96. C. de in integrum reſtitutione minorum, & in dicta l. Imper. tradit Bart. quem ſequitur Iaſ. in d. l. penult. num. 3. verſ. ſeptimo facit. Accedit: quia eo ipſo tempore, quo emanauit deciſio dictæ l. Imperator, & multo poſt in dicta l. penult. C. qui teſt. fac. poſſ. teſtandi facultas denegata erat ſimpliciter filiofam. in quibuſuis bonis, etiam, aliquando quaſi caſtrenſibus, vt ſupra oſtendimus. Tandem in dicta l. Imper. bona ipſa dumtaxat manebant priuilegiata abſque reſpectu, & contemplatione perſonæ filijſfam. qui nullatenus militare cenſebatur: vnde ex hoc etiam capite non poterat de illis teſtari, vt ſupra quoque probauimus; nec bona ſimpliciter quaſi caſtrenſia erant, vt ibidem notat Paul. num. 3.

39 Nec † denique l. vlt. §. neceſſitate, C. de bonis, quæ liberis, &c. concedit filiofam. perſonam

ſonam

ſonam legitimam ad teſtandum, ſed tantum ad experiendum in iudicio, vt luce clarius eſt ex verbis textus, in quo ſolum agitur de interponendo conſenſu paterno ad prædictum effectum, & quod filius ſit maior 25. annis; & ibidem oſtendit gloſſa magna, & verbo, ætatis: nam ad teſtandum non diſputatur, an debeat conſenſus paternus accedere, vel non; vel quod ſit filius 25. annorum, ſed quod liberè teſtetur, non aliunde mutuato conſenſu; & cum pubes tantum fuerit, id eſt, 14. annorum, l. 1. C. de Sacroſ. Eccleſ. iunctis ijs, quæ tradit Vigl. in princip. Inſt. quibus non eſt permiſſ. nu. 9. l. qua ætate, ff. de teſtamentis, & quod perſona filijfam. ad teſtandum non ſit legitima, tenet Clarus, in §. teſtamentum, q. 18. in princip. & ſupra in initio probauimus, in dictis etiam terminis.

40 Ex quibus † hucuſque deductis patet, filium fam. de bonis, quæ ipſi acquiruntur ex conſtitutione l. cum multa, C. de bonis quæ liberis, non poſſe teſtari. Similitudo autem caſtrenſium bonorum, qua vtitur Imperat. id tantum euincit, vt liberè de illis inter viuos diſponat, ad exemplum caſus, de quo dicta l. Imperator, ff. ad Trebell. ex peculiari ratione, quæ ex dicta ſimilitudine deducitur, vt ſupra tetigimus. Quod poſtea idem Iuſtinianus ſimpliciter conſtituit, in l. vlt. C. de bonis quæ liberis, & in Auth. Vt liceat matri, & auiæ, in princip. & §. 1. & in alijs locis. Euincit etiam ne veniant in collationem, l. 1. §. nec caſtrenſe, ff. de collatione bonorum, l. vltima, verſ. vltimo, C. de collationibus. Hęc enim, & ſimilia priuilegia bonis tantum iniunguntur, ſicut in dicta l. Imperator, ff. ad Trebell. Teſtamenti autem factio actiua tunc in quaſi caſtrenſibus locum habebit, quando filiusfam. fuerit in aliqua imaginaria militia, & ob id bona ipſius dicantur quaſi caſtrenſia: uel quando aliter ei fuerit ſpecialiter conceſſum.

41 Hinc inferes † declarationem ad Ord. Luſitanam, lib. 4. tit. 97. §. 10. verſ. & queremus, vbi ita inquit. *E queremos, quæ os dittos caſamentos, e merçes de aiuda para elles, ſe regulem, quomoſe ſoſſem bens quaſi caſtrenſes, E nam tebnam natureza debens profectitios*, &c. id eſt, *& volumus, quod dictæ dotes, vel beneficia illas adiuuantia cenſeantur, ac ſi eſſent bona quaſi caſtrenſia, & non habeant naturam bonorum profectitiorum*, &c. vbi loquens de donatis à principe non conferendis, manifeſtè deducitur ex d. l. cum multa, iũcta d. l. 1. §. nec caſtrenſe, & l. vlt. verſ. vlt. C. de collat. atq; ita intelligenda eſt iuxta ſupradicta, vt ſcilicet bona, de quibus loquitur, exiſtimentur quaſi caſtr. ad effectum, ne conferantur, de quo agit, & ſimiles: non tamen vt de illis filiusfam. teſtari poſſit, de hac enim teſtandi facultate nequaquã agit d. Ord. immò ſupponit tam filios ſui iuris morte patris eſſe effectos, cum agat de collat. bonorum, & diuiſione inter fratres; a qua coll. voluit legislator Luſit. eximere liberalitates principis; & amplius apparet ex illis verbis, *& nõ tebano natureza de bens profectitios*, &c. id eſt, *& non habeant naturam bonorum profectitiorum*, &c. vbi ſatis aperit intentionem ſuam eſſe, ne bona iſta tamquam profectitia, vel parẽtibus acquirerentur, l. cum oportet, C. de bonis quæ liber. §. 1. Inſt. per quas perſonas nobis vel conferrentur, l. vt liberis, 17. C. de collat. Vtrumq; igitur denegauit legislator, dicens eſſe quaſi caſtrenſia, priuilegium ipſis dumtaxat bonis dando, non perſonæ, & ideo de illis filiusfam. teſtari non poterit, iuxta ſupra dicta.

42 Et ad confirmationem † prædictæ interpretationis perpendes aliam Ord. Luſit. lib. 4. tit. 98. §. 5. dum inquit, *o quinto caſo he, ſe no dernios alguma couſa ao filho, quer mouel, quer de raiz*, &c. id eſt, *& quintus caſus eſt, ſi nos dederimus aliquam rem filio, ſiue ſit mobilis, ſiue ſoli*, &c. vbi percurrens caſus, in quibus vſusfructus patri non acquiritur, ſubiungit quintum caſum, ſcilicet, ſi quis aliquid obtinuerit à Sereniſſimo Principe, quę Ord. aperte deducitur ex d. l. cũ multa, & tãtum meminit horum bonorum ad effectum impediendi parentibus vſusfructus acquiſitionem: quaſi hoc ſimpliciter à iure intẽdatur; & conſequenter mentionem aliàs quaſi caſtrenſium eſſe dumtaxat ad talem effectum citra dubitationem demonſtrandum, ex ratione, quam ſupra notauimus. Hanc autem Ord. d. §. 5. ampliabis etiam procedere in ijs, quæ filiisfam. donantur à pijſſima Auguſta, ſiue Regina, vt patet in d. l. cum multa, ibi: *vel à pijſſima Auguſta* &c. ex qua deductam fuiſſe pręfatam Ord. diximus: nam ſicut de iure d. l. cum multa, loquens de Imperat. intelligitur etiam de rege, vt latè comprobat ex receptiori ſententia Luſit. Caldas, in d. l. 3. C. de in integr. reſtit. min. verb. læſis, n. 106. poſt med. ſicut aliàs ad terminos l. penult. C. de donat. inter virum, & ad l. Bene à Zenone, C. de quadriennij præſcript. probat Duennas. Regula 238. limit. 5. ſequitur Cald. vbi proximè, in fine. Ita etiam loquens de Auguſta intelligetur de Regina, quinimmo intelligetur etiam de ducibus, & ſimilibus princip. qui ſuperiorem non recognoſcunt argumento eorum, quæ tradit Caſſanæus, in Conſuetud. Burg. Rubr. 1. §. 5. interpretatione vltima n. 14.

43 Inferes † præterea neceſſariam declarationem ad Ordin. lib. 4. tit. 81. §. 3. verſ. porem, vbi ita inquit: *Porem dos bens caſtrenſes, ou quaſi caſtrenſes podera liuremente diſpor*, &c. id eſt, *at tamen filiusfam.* (de quo loqui cęperat) *de bonis*

castrensibus, vel quasi castrensibus poterit libere testari, &c. vt scilicet intelligatur, iuxta l. vlt. C. qui test. fac. pos. & §. vlt. Inst. de milit. testam. vnde deducta est. Hæc autem iura, à quibus Ord. deducitur, se omnino referunt ad l. vlt. C. de inoff. test. in qua, vt supra ostendimus, non de quibusuis bonis, quæ priuilegium habent quasi castrensium, filiofam. testari conceditur, sed de ijs tantum, quæ priuilegium habent ratione personæ, quæ quasi militare videtur. Cum autem bona d. l. cum multa, ex priuilegio ipsis dumtaxat concesso, quasi castrensia dicantur, ad effectum scilicet, vt patriam acquisitionem omnino, ac simpliciter effugerent: sequitur Ord. d. §. 3. vers. porem, non posse etiam intelligi de his quasi castrensibus, sed de iis, quæ supra enumerauimus.

44 Inferes † tandem elegãtem declarationem ad Ord. Lusitanam, lib. 4. tit. 83. §. 1. ibi: *O fillo familias, que soldado for, podera liuremente testar dos bens castrenses, ou quasi castrenses*, &c. id est, *filiusfam. qui militauerit, poterit libere testari de bonis castrensibus, aut quasi castrensibus*, &c. quæ quidem Ordin. dum dicit filiumfamil. posse testari de quasi castrensibus, non debet referri ad filiumfamil. paganum, id enim suo loco constituerat eodem lib. 4. titulo 81. §. 3. de qua supra egimus: vnde facultas testandi de bonis quasi castrensibus, de qua loquitur Ordin. d. §. 1. omnino refertur ad filiumfam. militem, quód probatur, tum respectu Rubricæ, sub qua collocatur, quæ inscribitur: *Dos testamentos dos soldados, e pesoas, que morrem na guerra*, id est, *de testamentis militum, & eorum, qui cadunt in bello*: iunctis iis, quę glossa, verbo, retractare, in l. 1. C. ne liceat in vna, eademque causa tertio prouoc. vbi notat Bald. Alex. cons. 13. col. 5. lib. 3. faciunt quæ ex sententia Bart. & aliorum tradit late Decius in l. 1. in 1. lect. n. 7. cum duobus sequentibus, ff. si cert. petat. tum etiam ex verbis eiusdem Ord. in d. §. 1. quæ supra retulimus, vbi manifeste liberam testandi facultatem, etiam de quasi castrensibus refert ad militem filiumfam. & clarius patefacit eadem Ord. in verbis sequentibus, ibi. *E isto se entenderà daquelles soldados, que tem legitima edade de 14. annos, &c.* id est, *& hoc* (scilicet quod possit testari de castrensibus, vel quasi castrensibus, quod immediate ante dixerat) *intelligetur de illis militibus, qui habent legitimam ætatem 14. annorum*, &c. ergo facultas testandi de quasi castrensibus, & quam immediate præconcesserat filiofam. de milite omninò intelligitur.

45 Constat † etiam verum militem filiumfamil. non quasi castrense, sed castrense peculium habere posse: quantumuis sit veteranus, vt exprimit Imperat. in lege vltima, versic. quia militibus, C. de inoffic. test. ibi: *Quia militibus*, quidem, & veteranis testamento facere in castrensi peculio vndiq; concessum fuerat, &c. innuit glossa ibidem, verbo, non prohibetur, & verbo, quia: nec enim in solo iure legitur, quod simul bona castrensia, & quasi castrensia, vero militi quam tali competãt: nam castrensia uerè militans habet, quamuis militare desijsset, lege penultima, §. 1. iuncta glossa, verbo, paganus, ff. de castr. peculio, quasi castrensia, quasi militans, ne veritas imagine adumbretur, argumento l. filio, quem pater, ff. de liberis, & posthum. Atque ita filiusfam. quando vt miles testatur de bonis suis, nõ dicitur testari de quasi castrensibus, sed potius

46 de castrensibus: nam licet † dabile sit, vt possit vnus, & idem filiusfam. vtrumq; peculium habere, veluti, si ante militiam aliquid acquisiuit ex causis, quæ pariunt peculium quasi castrense, iuxta l. vlt. C. de inoff. test. & postea in numeros militum relatus, ex castris aliquid acquirat, §. 1. Inst. per quas personas nobis: vel si aliquid acquisiuit ex castris, & postea non inhoneste demissus datis terminis habilibus quasi castrense de nouo quærat; & castr. & quasi castr. simul obtinebit, vt innuit d. l. vlt. vers. sed hæc quidẽ, iunctis verbis præcedentibus, & sequentibus. De vtroq; tamen peculio non testatur tamquam miles; quinimmo de altero tamquam miles, de altero vero ad instar militis.

Vnde ne dicamus, quod Ord. dicto tit. 83. §. 1. perperam meminerit bonorum quasi castrẽsium, dum de eisdem testandi facultatem concedit filiofam. si militauerit: eleganter intellige illius mentem fuisse explicare, quæ prædixerat eodem lib. 4. tit. 81. §. 3. vers. Porem, vbi generaliter statuerat filiumfam. posse testari de bonis castrensibus, vel quasi castrensibus, vt scilicet velit, tunc demum filiofam. facultatem competere testandi de castrensibus, vel quasi castrensibus, si verè, vel fictè militauerit: verè, respectu castrensium; fictè, respectu quasi castrensium; & ita in d. §. 1. Ordin. Lusitanæ castrensia referuntur ad filiumfam. verum militem; quasi castrensia, ad quasi militantem. Quod etiam accipe in vna, eademque persona, si in ea vtrumque peculium extiterit, iuxta supradicta. Et secundum hæc colligitur legislatorem Lusitanum tunc concessisse filijsfamil. testandi facultatem de peculio quasi castrensi, quando aliqualiter militare censeantur; vnde non simpliciter ratione bonorum, sed ratione exercitij personalis principaliter, conceditur filiofam. testandi potestas, quod erat intentum.

47 Illud obiter † notabis, etiam in confirmationem præcedentis interpretationis, qđ licet attento iure cõi indistincte filiusfam. de castrẽ si

peculio

peculio posset testari, iuxta dispositionē totius tituli, ff. & C. de castr. peculio; §. illi autem, &c. sed test. Inst. de milit. test. ex ratione Vlp. in l. si quis filio, 6. §. vlt. ff. de iniusto, rupto, idq; indistinctè procedat, vndecumq; tale peculiū, quæratur, vt tradit Decius, in l. vlt. n. 5. C. qui test. fac. pos. Attamen, attento iure Lusit. non indistinctè de pecul. castr. testari potest: nam si pater filio ad bellū donet, nō poterit filius de tali re donata testari; qđ cōprobo ex Ord. Lusit. lib. 4. tit. 97. §. 7. iūcto §. 9. vbi inquit, qđ tunc filius non tenetur conferre, quod ei pater donauit ad bellum, si consumpsit; verum si extat, vel filius factus est locupletior, tenetur cōferre. Quod etiam esse contra ius commune ad eandem Ord. notat prudentissimus Vallascus Lusit. tract. de partitionibus, & collat. ca. 13. n. 167. cum sequenti ex quo sequitur, non posse de tali re donata testari: etenim idipsum, quod confert, è re patris censetur, & consequenter omnibus fratribus commune, ergo de illa testari nequit.

48 Et quod † filiusfam. non possit testari de eo, quod conferre tenetur, ex eo insuper à fortiori suadetur: quia peculia aduentitia non cōferuntur, §. 1. Inst. per quas person. l. placet, C. de bonis quę liberis, & tamen de illis filiusfam. testari nequit, l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis quæ liberis, & c. l. penult. C. qui test. fac. poss. vbi in fortioribus terminis id docetur, vt supra ostendimus, ergo a fortiori, rectè sequitur, non posse testari de eo, quod tenetur conferre, si extat, tamquam de re aliena.

49 Atque ita apud Lusitanos, † quod à patre donatur, tamdiu pleno iure filijfam. militis, intelligitur, quamdiu omnino censetur consumptum; at attento iure communi, tamdiu filij intelligitur, quamdiu de eo disponit, l. ferunum filij, in fine, ff. de legatis, lib. 1. l. 2. l. proponebatur, ff. de cast. pecul. elegans glossa, verbo, testam. in l. pater qui castrense, ff. de castr. peculio, elegantius Paulus de Castro, in l. filiusfam. nu. 2. ff. ad legem Falcidiam.

50 Vnde † sequitur, apud Lusit. facultatē test. filijfam. concessam esse restrictiorem, quam inspecto iure communi; in eo tamen quoad pecul. castr. adhuc filiusfam. testari poterit apud Lusitanos, & manebit incorrecta iuris communis dispositio, quando aliunde, quam à patre filiusfam. bona habeat intuitu militiæ; quæ notanda sunt ad Ordinat. Lusitanam, lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1. vbi indistinctè permittitur filiofam. de bonis castrensibus testari.

51 Pro coronide aduerte, † quod licet filijfamil. non possunt testari de bonis, l. cum multa, C. de bonis, quæ lib. sicut nec de reliquis aduentitijs, quæ pleno iure eisdem acquiruntur, vt supra probauimus. In ijsdem tamen de reliquis aduentitijs, quorum vsusfructus patri quæritur, habebat successores ab intestato filios, si quos relinquerent; pbat expresse Auth. De hęred. ab intestato veniētib. §. 1. vers. licet enim, collat. 9. ibi: *Licet in defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filij cuiuscumq; sexus sint, aut gradus, etiam ipsis parentibus præponi præcipimus, quorū sub postate fuerit qui defunctus est in illis, videlicet rebus, quæ secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur*, &c.

52 Vt autem hæc resolutio † amplius aperiatur, aduerte primò, Iustinianum in d. §. 1. id cōstituisse de nouo contra iuris rigorem in bonis aduentitijs: nam filiusfam. sicut hæredem habere non poterat ex testam. l. penult. C. qui test. fac. poss. ita nec ab intestato, vt ponit glossa, verbo, parētibus, in d. §. 1. Immò filiusfam. qui aliàs poterat hæredem ex testamento habere, l. vlt. de inoff. test. §. illis autem, vers. sed testari, Inst. de milit. test. non habebat ab intestato, l. 1. l. 2. l. proponebatur. ff. de castrens. pecul. eleganter ostendit Paul. I.c. in l. filiusfam. 18. ff. ad legem Falcid.

Hanc autem successionem ab intestato concessit Imp. ad similitudinem eius, quam constituerunt Impp. Theod. & Valentin. in l. 3. C. de bonis, quæ lib. circa dotes, & donationes ante nuptias; Quam cōstitutionem ampliarūt Imp. Leo, & Antonin. in l. 4. C. eodem tit. circa ea, quæ ex matrimonio, vel ipsius occasione filij fam. acquirunt, & tandem ad similitudinē eius, quod idē Iust. constituerat, in l. vlt. C. communia de successiōn. circa bona materna, & in princ. Inst. quibus non est permiss. circa castr.

53 Deinde aduerto, † d. Authen. in §. 1. loqui dumtaxat de rebus quæ vel quoad proprietatē nudam, vel etiam pleno iure filijsfam. acquir. vt patet in relatis verbis, ibi: *In illis videlicet rebus, quæ secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur*, &c. At Iustin. leges nil antea disposuerant de nouo in castrensibus, vel quasi castrensibus, aut profectitijs: nam castrensia, & quasi iam præcipua filiorumfam. censebantur ab antiquo, l. 1. §. nec castrense, nec quasi castrēse, ff. de collat. bonorū profectitia autem semper parentum fuerunt, & nūc permanent, §. 1. Inst. per quas personas, ibi: *Secundum antiquam obseruationem*, &c. Leges itaq; Iustin. in aduētitijs disposuerant, ne parentibus acquirirentur, l. cum oportet, l. cum multa, l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. Deinde probatur ex dicta Authen. in §. 1. ibi: *Nam in vsibarum rerum, qui debet acquiri, aut seruari; nostras de his omnibus leges parentibus custodimus*, &c. nam dum inquit seruandum esse vsumfructum parētibus in ijsdem, in quibus filijsfam. datur successor, satis supponit, patres iam in vita illorum vsum fructum acquisiuisse; illud enim seruatur,

quod quæsitum est, innuit glossa ibidem, ver-
bo, acquiruntur, ergo non loquitur de castren-
sibus, vel quasi, quæ semper pleno iure filio-
rumfam. fuere, vt innuit Imper. in d. l. cum
oportet, in fine. Ne obstat verba illa, ibi: *Qui
debet acquiri*, in d. §. 1. nam respiciunt aduenti
tia, quæ viuentib. filijsfam. fuerant pleno iure
quæsita, vt inferius ostendemus. Nec et loquitur
de bonis, de quibus l. 3. l. 4. C. de bonis, quæ li-
ber. & l. vlt. C. cōmunia de successi. quia quoad
ius succedēdi, plenè in ijsdem fuerat dispositū.
Vnde fallitur glossa, verbo, parentibus, in d.
§. 1. & reliqui, qui eam sequuntur, dum putat
d. Auth. loqui de castrensibus, vel quasi ca-
strensibus, conuincitur enim ex supradictis.

Quamuis autem d. Auth. non loquatur de
castrensibus, vel quasi, nihilominus eius dispo
sitio à fortiori procedet in ijsdem, cum castren
sia, vel quasi magis sint exempta ab acquisitio
54 ne paterna. Attento † tamen iure antiquo an-
te princip. Inst. quibus non est permiss. fac.
filiosfam. milite intestato decedente, pater eius-
dem bona acquirebat excluso nepote, vt conui-
cit ratio textus in l. per procuratorē, alias lege
per curatorem, 90. §. 1. ff. de acquir. hæred.
dum nepos institutus à patre milite, acquirit in
solidum auo, in cuius potestate est, ergo si in-
testatus desidisset, pater eadem bona iure pe-
culij immediate occuparet, l. 2. ff. de castr.
pecul. Idem dicas de peculio quasi castrensi,
& satis innuit d. l. 3. C. de bonis, quæ liberis,
in simili; & in terminis notat Vigl. in princip.
nu. 20. Inst. quibus non est permiss. fac. test.
Bened. de Plumb. in repet. l. post dotem, n. 17.
ff. soluto matr. quē sequitur Costa in repet. §.
cum in bello, verb. patris, n. vlt. idque contra
Bart. Bald. Nouellum, & Iasonē, quos refert.
55 Præterea aduerto, prædictorum † bono-
rum in quibus nepotes succedunt patre suo,
excluso auo, vsumfructum auo acquiri, in cu-
ius potestate sunt: quamuis alias in ijsdem re-
bus in vita filij vsumfructum non haberet:
veluti in terminis l. cum multa, & l. vlt. C.
de bonis, quæ liber. Auth. Vt liceat matri, &
auiæ, in princip. collat. 8. idque suadent ver-
ba d. Auth. de hæredibus ab intest. §. 1. ibi:
Nam in vsu eorum, qui debet acquiri, aut seruari,
&c. Nam licet eædem res antea effugissent
vsusfructus acquisitionem; personæ tamen
mutatione, iam sicut reliquorum aduentitio-
rum, vsusfructus auo quæretur, argumento
textus elegantis in d. l. per procuratorem, §. 1.
in vltimis verbis, ibi: *Quia castrensia esse muta-
tione persona desierint*. & quod dico de aduen-
titijs, quorum antea vsusfructus patri in per-
sona filij non erat quæsitus, & nunc in persona
nepotis auo quæritur, intelligo etiam in ca-
strensibus, vel quasi, quia mutatione personæ,
talia esse desierūt, vt deciditur in d. l. per procu
ratorē, §. 1. quæ lex licet secundum ius antiquu
ostendat pleno iure auo quæri, nunc secundu d.
Auth. in §. 1. solum procedet, quoad vsum-
fructum, tam in causa testati, quam intestati.
56 Tandem aduerte, nepotes, † vel ceteros de-
scendentes, in terminis d. Auth. in §. 1. succe-
dere patri suo vt hæredes, vt patet ibi: *Tantam
de hæreditate morientis accipientes partem*, &c.
& probatur in simili, ex l. 3. C. de bonis quæ
liberis, & ibi: *Iure hæreditatis*, &c.
57 Immò, & † deficientibus nepotibus, paren-
tes succedent tamquam hæredes in dictis bo-
nis aduentitijs, vt generaliter tradit glossa,
verbo, parentibus, in vltimis verbis, in d. §. 1.
& exprimit Paul. Castr. in l. filiusfam. n. vlt.
in postremis verbis, ff. ad legem Falcid. &
suadetur ex Rubrica prædictæ Auth. quæ con
cipitur, *de hæredibus ab intestato venientibus*,
iunctis ijs, quæ supra tradidimus, n. 6. & nu.
44. Deinde probatur ex eadem Auth. in §. si
igitur defunctus descendentes, iuncto §. si ve-
ro cum ascendentibus, vbi deficientibus libe-
ris, filijfam. defuncti, eius pater succedit cum
reliquis filijs defuncti fratribus; quo casu nisi
vt hæres succederet pater, sine dubio vniuersa
filij defuncti bona obtineret solus iure peculij,
vt inquit l. 2. ff. de castr. pecul. innuit l. 3. C.
de bonis, quæ liber. Tandem id suadetur ex
similis, in l. vlt. C. communia de successi. ibi:
Ex sui filij non gratam hæreditatem relictam, &c.
vbi pater in bonis maternis filijfam. hæres le-
gitimus est. Et ita etiam explicari debet l. quæ-
cumque 4. vers. nulla autem, C. de bonis, quæ
liber. vt scilicet tunc parens hæreditario iure
succedat, non vero iure peculij; effectus autem
vtriusque successionis colliges ex l. pater, qui
castrense, ff. de castr. pecul. & ex ijs, quæ in-
ferius notabimus. Similiter etiam explicari de-
bet principium Inst. quibus non est permiss.
ibi: *Ad parentes eorum iure communi pertinebit*,
&c. id est, castrensia intestato filio ad patrem
peruenient iure hæreditario, quod est cōmune.
58 Vnde attento † nouissimo Auth. iure, à for-
tiori iam hodie parens succedet iure hæredit.
in bonis castrensibus, vel quasi castrēsibus, tra-
dit glossa, in dicta Auth. de hæred. ab intest. §.
1. verbo, parentibus, in fine. Bart. in l. filius-
fam. n. 2. ff. ad legem Falcid. vbi innuit Paul.
Castr. n. vlt. in vlt. verbis, Costa, in l. qui duos,
§. cum in bello, verb. patris, num. 10. ff. de re-
bus dubijs, glos. item in princip. Inst. quibus nō
est permiss. verbo, iure communi, vbi Angel.
mag. Mynsinger. n. 8. Marc. Ant. n. 29. Vigl.
& illate Caldas in lege 3. C. de in integr. rest.
min. verb. læsis, n. 97. & nu. 112. vers. hoc ta-
men, & est communis sententia sic correcta
l. 1. ff. de castr. pecul. cū supra relatis, & in hac
successione

successione non præcedent patrem fratres defuncti, sed cum illis concurret, d. Auth. de hæredibus ab intest. §. si vero cum ascendentibus, quamuis antea excluderetur à fratribus defuncti princip. Inst. quibus non est permiss. id enim fiebat ad similitudinē l. 3. & l. 4. C. de bonis, quæ liber. l. vlt. C. comm. de succes. notat Vigl. in d. princip. n. 20. sicut etiam iam nunc quoad hoc correctæ sunt d. l. 3. l. 4. & l. vltima.

59 Ex quibus iam infertur, hodie † successionem iure peculij, cuius meminit l. 2. ff. de castrens. peculio, & l. 3. C. de bonis quæ liber. à partium enumeratione solum locum fore habituram in bonis filij profectitijs.

60 Infertur etiam, decisionem † d. l. filiusfam. ff. ad legem Falcid. iam nunc procedere de iure ordinario, vt ibidem notat Bart. n. 2. Paul. n. vlt. in vltimis verbis. Eman. Costa, in l. qui duos, §. cum in bello, verb. patris, n. 10. ante fin. ff. de rebus dubijs, & ita filiusfam. miles iam de rigore iuris potest rogare patrē ab intestato venientem, tamquam legitimum hæredem, non verò bona filij iure peculij occupantem, iuxta vulgarem regulam, l. Diuj, 6. §. codicillos, ff. de iure codicillorū l. 2. ff. de legatis lib. 1. & ea, quæ infra proxime dicemus. Idem intellige in filiofam. habente peculium quasi castrense, ex æquiparatione, quam facit l. vlt. C. de inoff. testam.

61 An autem † filiusfam. in bonis aduentitijs possit rogare parentem, cum eundem habeat hæredem ab intestato venientem, vt scilicet quid ex hæreditate restituat? dubitationis est. Breuiter resoluendum est, non posse patris ab intestato venientis fidei committere: nam regula iuris est, cum demum codicillos ab intestato facere posse, vel fideicommittere, qui & testari potest, d. l. Diui, 6. §. codicillos, ff. de iure codicill. cuius decisionem semper seruari tradit Bart. per textum ibi in l. 2. n. 2. ff. de legatis, lib. 1. vbi etiam Paul. n. 1. & reliqui notant, l. 1. §. hi qui, ff. de legatis lib. 3. Peregr. de fideicom. art. 1. n. 7. Idem constitutum est apud Lusitanos in Ordinat. lib. 4. tit. 86. §. vlt. constat autem filiosfam. de bonis aduentitijs nequaquam testari posse, quamuis pleno iure quæsiuerint, vt supra ostendimus, ergo licet patrem hæredem legitimum habeant, non poterunt codicillos ab intestato facere: ad exemplum impuberum, qui sui iuris effecti, decedunt sine pupillari testamento à patre facto: nā licet testari non possint, §. præterea, Inst. quibus non est permiss. legitimos tamen hæredes habent, l. 1. in princip. ff. de legitimis tutorib. §. cum autē, iuncta glossa, verbo, venturi, Inst. de adoptionibus. Secundū quę constat patrem legitimum hæredem, & qui concurrunt cum eo nequaquam grauari posse à filio in potestate defuncto; commodumq; huius hæreditarię successionis illud erit, quod colligitur ex l. pater, qui castrense, ff. de castr. peculio. Item vt possent alij vltra patrem admitti: nam si iure peculij tantum successio reciperetur, solus pater admitti deberet, l. 2. ff. de castr. pecul. l. 3. C. de bonis, quæ liberis. Vigl. in princip. Inst. quibus non est permiss. n. 20.

62 Infertur † rursus iam hodie cessare decisionem l. pater, qui castrense, 17. ff. de castr. pecul. quatenus pater bona filij fam. militis occupando iure peculij solum intra vtilem annum filij creditoribus tenebatur, ex ratione quam tradit Vlp. in l. 1. §. merito, ff. quando de peculio actio annalis est: nam hodie pater ab intestato succedit filio militi, tamquam hæres, non uero iure peculij: vnde non intra annum dumtaxat, sed perpetuo tenebitur, ex ratione eiusdem l. pater, qui castrense, vers. vlt. ibi: *Perpetuo ciuiliter, vt hæres conuenietur*, vbi cum pater succedit vt hæres, perpetuo tenetur, & ita prædicti temporis compendium iam pater nō obtinebit in successione bonorum castrēsium, vel quasi castrensium; necnon aduentitiorum: vnde venit declaranda l. 1. ff. quando de peculio actio est annal. vt scilicet pater succedens filio in potestate defuncto, tunc iuuetur illo anni commodo, quando occupat peculium profectitium: nam reliqua bona, nimirum castrēsia, quasi castrēsia, & aduentitia, iam non iure pecul. sed hæred. acquir. & ita cōuenitur a creditoribus vt hæres, non qua pater iure peculij.

63 Infertur † quarto, dictam l. pater, qui castrense, 17. §. 1. de castr. pecul. dum decidit, quod pater institutus à filiofam. milite, si in necem legatariorum, causam testamenti omisit, & peculium possidet suo antiquo iure, tenetur ex edicto, *si quis omissa causa test.* ad exemplum eius, qui legitimam hæreditatem postea amplexus est: iam hodie secundum iuris regulam procedere, qua pater ab intestato filij militis bona castrensia, vel quasi non ad instar legitimi hæredis, sed vt verus hæres occupat.

64 Illud hic mouet † dubitationem ad interpretationem iuris antiqui, cur in d. l. pater, qui castrense, §. 1. pater incidat in edictum, *si quis omissa causa test.* quia ad effectum, vt bona possidens omissa causa testamenti teneatur ex edicto, requiritur quod possideat tamquam hæres, vel tamquam prædo, fingens sibi aliquem titulum ab intestato possessionis, l. 1. §. non quærimus, vers. toties, l. vlt. ff. si quis omissa, &c. pater autem nec tamquam hæres, vt diximus, nec tamquam prædo, bona castrensia filij ab intestato possidet, sed iure peculij, l. 1. l. 2. cum alijs, ff. de castrens. pecul.

filiumfam. testari: & consequenter adhuc hodie non sequi, filiusfam. habet peculium quasi castrense, ergo de eo testari potest: nisi huius peculij prærogatiua, quæ quasi castrense dicitur, proueniat ab exercitio, siue gradu persona li, in quo quasi militare videatur: nam priuilegium testandi filijsfam. concessum, non à qualitate bonorum (vt supra probauimus) sed potius personæ debet oriri.

Vnde si filiusfam. in eo exercitio perstiterit, in quo secundum iuris dispositionem militare censetur, rectè ad hunc casum ducetur testandi permissio, ex dicta l. vlt. C. de inoff. test. innuit Iosephus Gonzalezo Flor. cap. 12. var.
19 quæst. n. 8. & hinc prouenit, quod † filijsfam. clericis testari permittitur, in Auth. Presbyteros. C. de Episcop. & cleric. & in l. sacrosanctæ; 32. supra eodem tit. nam isti sunt in militia quadam cælesti, vt est glossa communiter approbata in l. miles, 6. verbo, facere po test, ff. re iudicata faciunt quæ Euerardus, in centuria legali loco 56. satis in terminis comprobat, Caldas in d. l. 3. C. de in integr. rest. verb. læsis, n. 103. satis innuit Imp. in Auth. de sanctiss. Episcop. §. presbyteros. Collat. 9. nam postquam in §. præcedenti, vers. sancimus autem, iussit vt clerici implerent omne ministerium ecclesiasticum, statim eis subiungit testandi facultatem de bonis intuitu, vel occasione illius ministerij quæsitis, non verò de alijs, vt merito tenet Bart. in dicta l. sacrosanctæ, argumento l. si forte, 8. ff. de castrensi pecul. cum similibus, vbi quod non intuitu, vel occasione militiæ donatur, vel relinquitur filiofam. militi, peculio castrensi non aggregatur glossa. verb. castrensibus, in §. 1. Inst. per quas personas nobis acquiritur. Constat igitur priuilegium bonorum in dicta Auth. Presbyteros, ortum habuisse ab exercitio personæ, & de illis tantum posse testari, quæ ab illo ministerio, vel occasione ipsius processere, quidquid contradicat Couar. & alij relati per Ioseph. Gonzalez Flores, cap. 12. var. quæst. n. 10. vbi sine concludenti ratione constituit differentiam inter armatos, & cælestes milites. Late etiam per Lusitan. Caldas, d. verbo, læsis, n. 103. quorum fundamentum facile eluditur: de qua testandi facultate videndus est Decius in l. senium, C. qui test. facere poss. Virglius in principio, nu. 18. Inst. quibus non est permiss. fac rest.
20 Hinc † etiam corroboratur sententia glossæ, verbo, castrensi, in l. fori, 4. C. de aduocatis diuersorum iudiciorum, vbi putat aduocatum filiumfam. posse testari de bonis, quæ percipit ex officio suo, quamuis non sit de publico solario; vt aliàs loquebatur l. vlt. C. de inoff. test. notat glossa, verbo castrensibus, in §. 1. Inst. per quas personas nobis acquiritur; & dictam glossæ sententiam sequitur Bald. & reliqui, in d. l. fori. Decius in l. vlt. n. 4. C. qui testam. fac poss. Iul. Clarus in §. testamentum, q. 18. vers. sed quid de salario sentit doctissim. Peregrin. conf. 84. n. 1. dum inquit, aduocatus quidquid acquirit, ratione sui officij, esse quasi castrense. Late Iosephus Gonzalez Flores, cap. 12. var. quæst. nu. 8.

Mouetur glossa ex eo, quod lucra, quæ à priuatis intuitu officij filiusfam. aduocatus percipit, subrogata sunt loco publici salarij: & consequenter sicut de hoc, ita de illis testari poterit, iuxta regulam §. fuerat, Inst. de actionibus, cum similibus. Verum hoc fundamentum non satisfacit: nam facultas testandi filijsfam. aduocatis cōcessa, non à bonis processit, sed à p̄sona in exercitio quasi militari cōstituta: vt supra probauimus, & infra ostēdemus: vnde frustra hoc totum refert glossa ad bona.

At Decius vbi supra, mouetur ex dicta l. fori, ibi: *Quidquid ex huiusmodi professione, vel ipsius occasione quæsiuerunt*, vt ibidem notat Bald. & reliqui, & iuuat l. 1. §. in honorarijs, ff. de varijs & extraordin. cogn. ibi: *Vt pro modo litis, proque aduocati facundia, & fori consuetudine, & iudicij, in quo erat acturus, æstimationem adhibeant*, &c. vbi aduocatis à priuatis salaria præstari iubentur, quibus aliàs de quæsitis etiā occasione officii sui testari permittitur. Facit tandem, quia sicut peculij castrensis est, quidquid occasione militiæ acquiritur, l. miles, fi lijsfam. 5. ff. de castrensi peculio, l. 1. & ibi eius allegas, C. eodem tit. lib. 12. ita etiam peculij quasi castrensis erit, quod occasione officij percipitur, & in terminis nostris tenet Alber. in dicta l. fori, plures, de quibus Decius in dicta l. vlt. num. 5.

Verum hoc etiam Decij, & relatorum fundamentum solum respicit qualitatem bonorum; quæ vt diximus non sufficit, vt quis testari possit, non tamen exprimit genuinam rationem ob quam de illis filiusfam. aduocatus te-
21 statur: vnde ex dictis, colliges † hoc totum pendere ab exercitio quasi militari, vt ostendimus ex l. aduocati 14. C. de aduocatis diuers. latè comprobat insignis Vallasc. tract. de par tit. cap. 13. n. 160. & ante eum Lusitanus, & Caldas, in l. 3. C. de in integr. rest. min. verbo, læsis, à nu. 98. cum sequenti. vbi plurimos in id congerit, & satis innuunt Cæsares, in dicta l. fori, ibi: *Ad exemplum militum*, &c. vbi non solum dixere tale peculium censendum iure castrensis, sed etiam ad exemplum militum, vt videatur priuilegium ratione exercitij emanasse, vt aliàs de silentiarijs tradit Imper. in l. vlt. C. de silentiarijs, lib. 12. ibi: *Iubemus clarissimorum silentiariorum præditos militia*, &c.

&c.& ibi: *Per militiam, vel quamlibet huiusmodi causam, his acquisita sunt, vel fuerint, iure castrensis peculij possidere.* &c. vnde silentiarij merito de hoc peculio quasi castrensi testari poterunt. Idem de Palatinis dicendum est, si quando in palatio, vel parcimonia propria, vel ex donis principis aliquid consequuntur: nam totum hoc peculium, vt castrense æstimabitur, & de eo testari poterunt adhuc in
22 potestate patria; sic † declarata l. vnica, C. de castrensi omnium palatinorum peculio, lib. 12. idque ex ratione, quam exprimit Cæsar ibi: *Sed nec alieni sunt à puluere, & labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui prælio sunt semper actibus,* &c. & ad hos Palatinos pleno iure spectant, quæ vndecunque quæsiuerint ratione sui ministerij, argumento l. vlt. C. de silentiarijs, hoc eodem lib. & eorum quæ supra tradidimus, siue etiam à patre proficiscantur. ad quod faciunt, quæ tradit insignis Vallasc. Lusit. tract. de partit. ca. 13. nu. 167. Vnde Ord. Lusitanam, lib. 4. tit. 97. §. 9. iuncto præcedenti, esse correctoriam iuris cōmunis, apparet, dum constituit ita: *quando que diremos, que, o que for dado para cavalaria, ou paço. se nam traga à collaçam, se entende, quando as cousas, que forem dadas, sam ia gastadas* &c. id est *Hoc, quod dicimus, filijs à parentibus datum ad equestrem militiam, vel palatium, non esse conferendum reliquis fratribus, intelligitur, quando prædictæ res datæ iam sunt consumptæ,* &c. quibus verbis aperte ostendit Ord. id quod pater dat filio palatino occasione palatij, non fieri pleno iure filij, si extat: vnde tenetur conferre, & consequenter a fortiori de eo testari nequibit, attento eodem iure Lusitano; cuius cōtrarium tam respectu collationis, quā actuum inter viuos, & vltimæ voluntatis etiam viuente patre constituit, dicta l. vnica, iuncta glossa ibidem, verbo præcipimus, & reliquis scribb. necnon ijs, quæ supra diximus, vbi omne id dicitur peculij quasi castrensis, quod etiam occasione exercitij quasi militaris vndecunque quæritur. In eo tamen adhuc dicta l. vnica, apud Lusitanos manebit incorrecta, quod filiusfam. palatinus non à patre, sed vel à principe, aut aliundè intuitu palatij acquirit: quod nec reliquis fratribus conferet; immò de eo ad libitum disponere poterit, donando, distrahendo, testando: quamuis iam palatium non obseruent, sed optat quiete sint donati, l. 2. ad finem, C. de priuilegijs eorum, qui in sacro palatio, &c. lib. 12.
23 Secundum quæ † etiam declarabis l. vlt. C. de castrensi peculio, lib. 12. vbi constituitur scriniarios, & exceptores, & reliquos, qui in officio principis merentur, habere ius castrensis peculij, vt scilicet intelligatur de eodem posse testari in potestate patria: nam priuilegium huius peculij oritur ab officio, & exercitio, in quo quasi militant, vt inquit dicta l. vlt. ibi: *ac si in legione prima adiutricis nostræ Reipub. militent, &c.* vbi potius lege, adiutrices, argumento l. 1. C. professoribus &c. lib. 10.

Ex quibus omnibus constat filiumfam. aduocatum posse testari de ijs, quæ ex officio suo, vel occasione ipsius acquisiuerit, quamuis non percipiantur ex publico salario, vel stipendio, argumēto l. 1. C. de castr. peculio, lib. 12.

Nec obstant quę supra notauimus ex l. vlt. C. de inoff. testam. vbi quoad causarum patronos, vt peculium diceretur quasi castrense, requirebatur, quod perciperetur ex publico sa-
24 lario, vel stipendio. † Satisfit enim si aduertas, quod principaliter intenditur in peculio quasi castrensi quoad testandi facultatem, vt percipiatur ratione, vel occasione exercitij quasi castrensis, in quo filiusfam. versatur, vt supra probauimus. Quod autem percipiatur ex publico salario, vt volebat dicta l. vlt. C. de inoff. test. vel id prouenit ex eo, quod ex pręstatione salarij publici, exercitium approbetur; vnde postquam constiterit approbatum esse, nihil intererit, an tale peculium ex publico, vel priuato salario coalescat: vel si omnino requiratur, quod de publico sit perceptum; sufficiet, vt subrogatione tale dicatur, & tunc rectè aptatur ratio glossæ, verbo, castrense, in l. fori, 4. C. de aduocatis diuers. iudiciorum. aut sufficiet approbatio legis taxantis tale priuatum salarium, quasi de publico præstaretur, vt fit in l. 1. vers. in honorarijs, ff. de varijs, & extraordinar. cognit. & apud Lusitanos est Ord. lib. 1. tit. 91. per totum; apud Hispanos, l. 9. tit. 18. partita 5. foret enim satis graue Reipub. si omnibus necessarijs officialibus salaria de publico præstarentur; nec esset satis gratio sum ipsis officialibus, si de publico tantum testari valuissent, non etiam de eo, quod occasione officij licite quæsiuissent; & quod diximus de aduocato, intellige etiam in Doctore, ex dictis, & ijs, quæ tradit Peregr. cons. 84. nu. 1. idem latè comprobat Caldas, d. verb. Læsis, num. 100.
25 Infertur † tandem medicos filiosfam. posse testari de ijs, quæ acquirunt ex suo officio, vel occasione ipsius, quamuis non sit ex publico, vt aliàs requiri innuit Imp. in dicta l. vlt. C. de inoff. test. glossa, verbo, castrensibus, in §. 1. Inst. per quas personas nobis acquir. Decius in l. vlt. nu. 4. C. qui test. fac. poss. & quod de publico aliquando salaria obtinerent, probat Imper. in l. Archiatri, C. de professoribus, & medicis, lib. 10. & quod hoc sit quasi castrense, probat Peregr. cons. 84. nu. 1. Caldas Lusitanus

tanus

Quod intellige in dubio; generalitas enim dictæ l. penult. C. qui test. fac pos. omnia com-
29 plectitur: & † eius virtus, sicut & reliquorum legum in futura tendit, l. leges, 7. C. de legibus, l. vlt. C. de vsuris, Decius in 2. lect. l. quod te. nu. 34. ff. si certum pet. & in specie Alex. in dicta l. penult.

30 Vltimum † fundamentum aduersæ sententiæ ex dicta l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis, quę liberis, non obstat: nam vltra responsionem Viglij, in dicto princip. Inst. quibus non est permiss. nu. 16. quæ respectu dictæ l. cum multa, (vt ipse agnoscit) nequaquam procedit.

Aduerte non agere Imp. in dicto §. filijs autem, de concedenda filijsfam. testandi facultate de rebus, quorum vsusfructus patri non quęritur, nec id conueniebat Rubricæ, sub qua collocatur, vt supra tetigimus: sed potius de denegandа qualibet omnino alienatione, siue inter viuos, siue per vltimam voluntatem, earũ rerum, in quibus patri vsusfructus quæritur, vt patet ibidem. Argumentum autem à contrario sensu, ex vi dictionis taxatiuæ deductum, quod Viglius vbi supra, & Decius, in l. penult. nu. 8. C. qui test. fac. pos. agnoscunt, solum concludit, quod de rebus, in quibus vsusfructus parentibus non acquiritur, filiusfam. testari potest, si reliqua necessaria concurrant, scilicet, personæ habilitas; quod autoritate, & ratione conuinco: nam post §. filijs autem, prodijt in lucem dicta l. penult. C. qui test. fac. pos. vt supra ostendimus, & ex ipsius litera cõstat, vbi expresse denegatur testamenti factio filijsfam. etiam de bonis, quæ ipsis pleno iure acquiruntur; & ita argumentum à contrario sensu deductum ex dicto §. filijs autem, nequaquam valeret, vt ita resoluens tradit in specię Bart. in l. qui in potestate, n. 2. ff. de testamentis, tradut. Dynus, & Cynus, in dicta l. penult. vbi latissime Ias. à nu. 1. glossa, verbo; dumtaxat, in dicto §. filijs, & in Auth. vt liceat matri, & auiæ, §. 1. verbo, disponere, coll. 9. Bauerius, in §. vlt. Inst. de milit. test. vbi etiam pungit Vigl. Idem Vigl. in princip. Inst. Quibus non est permiss. fac. test. nu. 16. Longa Doctorum serie, per quos est communissima sententia, id confirmat Iul. Clarus, in §. testamentum, q. 18. vers. 1.

31 Deinde † ratione conuinco. Etenim filiusfam. antiquitus non poterat testari, quia nihil peculiare habebat, ac sibi plene quæsitum, vt probat Vlp. in fragmentis, tit. de testamentis, §. filiusfam. notat Benedict. Ægidius, in dicta Repet. l. 1. C. de sacros. eccles. 1. part. §. 7. nu. 1. postea vero, non solum ratione bonorum, sed etiam personæ, eisdem testari interdictum fuit, l. qui in potestate, ff. de testam. l. tam is, §. 1. ff. de donat. causa mort. l. penult. C. qui test. fac. pos. inde constat duplici impedimento filiumfam. adstringi, ne testamentum faceret, quorum primum tollere cępit dicta l. vlt. C. de bonis quæ liberis, & aliæ leges, eiusdem tituli, quæ agunt de bonis filijsfam. pleno iure quæsitis. Secundum vero impedimentum ratione personæ adhuc mansit, de hoc enim remouendo nequaquam agit lex aliqua illius tituli, de bonis, quæ liberis, &c.

Quo posito, argumentum à contrario sensu, de quo agit dictus §. filijs autem, sic procedit, filijsfam. de bonis, quorum vsusfructus patri quæritur, testari; vel aliqualiter inter viuos alienare non permittitur; de illis verò, quorum vsusfructus patri non quæritur, testari poterunt, si habilitas personæ supponatur, vel superueniat; hoc est, iam bona libera non desunt, quorum defectus filijsfam. oberat, iuxta supradicta; & ita bonorum duntaxat impedimentum ad testandi potestatem, sublatum est in dicto §. filijs autem.

32 Et quia plenaria † ista bonorum acquisitio filijsfam. concessa', quodammodo videbatur testandi facultatem indulgere; successit statim dicta l. penult. C. qui test. fac. pos. quæ declarauit, quod licet iam in præfatis terminis bonorum deficientium impedimentum in filijsfam. cessaret, attamen ratio iuris publici adhuc suadebat, ne filijfam. testarentur, exceptis casibus, in quibus hoc eis specialiter permittitur.

33 Nec sustineri potest † subtilis alia solutio Decij, in dicta l. penult. nu. 8. iunctis ijs, quæ ipse tradiderat in l. 1. nu. 53. cum sequenti. ff. de officio eius, cui mand. &c. supponit ipse, argumentum a contrario sensu non includere contrarium eius, quod exprimitur, quando inter vtrumque extremum datur medium: quale reperitur inter permittere, siue concedere, & prohibere, quod dicitur non prohibere; vt latè tradunt Doctores, in l. 2. §. vlt. ff. soluto matrim. vbi insignis Barbosa Lusitanus, à princip. quo vno relato, plurimos refero; inde infert Decius, quod in dicto §. filijs autem, argumentum a contrario sensu ita deducendum est: filiusfam. non potest de ijs duntaxat bonis testari, quorum vsusfructus patri quæritur, ergo à contrario sensu rectè sequitur, non prohiberi de illis testari, quorum vsusfructus patri non acquiritur, non vero deducetur, ergo de his testari permittitur. Atque ita licet per illam legem filiusfam. non prohibeatur testari de bonis pleno iure quæsitis, prohibetur tamen per aliam, scilicet per dictam l. penult.

34 Etenim † occurrendum est, quod dictio taxatiua, suapte natura, vel contrarium actum, vel saltem aliquid dispositiuum operatur,

ratur, hoc est, non debet manere in terminis, ac si apposita non esset, aut otiaretur: constat autem, quod si in dicto §. filijs autem, argumentum à contrario solum euinceret, ne filiusfam. per illam legem testari prohiberetur de bonis sibi pleno iure quæsitis, maneret omnino otiosa dictio taxatiua, de qua ibi, respectu facultatis testandi; quod non videtur dicendum, nec ipse Decius vult. Quapropter si illa non prohibitio virtualiter est dispositiua, manet in illis terminis libertas testandi filijsfam. concessa: nam regula iuris est, quod possint omnes testari, quibus specialiter non prohibetur: edictum enim de testando prohibitorium est, vt notant omnes in Rubrica, Inst. quibus non est permiss. fac. test. vbi Vigl. n. 3.

35 Immo, & † si argumentum à contrario sensu non induceret aliquid dispositiuum, sed mere negatiuum, quando scilicet inter duo extrema est medium negatiuum vtrorumque; veluti est præteritio inter institutionē, & exhæredationem, vt agnoscit Dec. in dicta l. 1. nu. 54. tunc, quando taxatio apponitur vni extremo, & a contrario sensu alterum non inuoluitur, medium necessario eligitur, tanquam quid distinctum; & diuersum ab vtroque extremo: ne vel contra sententiam Decij nuperrime citati, extremum contrarium in effectu veniat, & non medium; vel, ne sit otiosa ipsa taxatio, vt diximus.

Secundum, si in dicto §. filijs autem, taxatio, illam non prohibitionem testandi, quam Decius interpretatur, non retinet distinctam à vera prohibitione testandi filijsfam. aliàs iniuncta, quæ erat alterum ex duobus extremis, prohibere scilicet, & permittere, siue concedere iam, vel nihil operaretur omnino, perinde ac si apposita non esset: vel etiam in cōtrario sensu applicaretur in effectu alteri ex dictis extremis, nimirum prohibitioni testandi; quorum vtrumque contra naturam taxatiuæ est, & contra ea, quæ supra notauimus, etiam ex eiusdem Decij sententia: nam in exēplo proposito institutionis, & exhæredationis, medium quod est præteritio, suos effectus importat distinctos, ab ijs, quos extrema scilicet institutio, vel exhæredatio, operantur. Vnde, si dictio taxatiua, in dicto §. filijs autem, aliquid efficere debet, influet necessariò in aliqualem habilitatem personæ filijfam. circa testamenti factionem, quæ habilitas, vt minus obsit iuris principijs, intelligenda est secundum nostram interpretationem.

36 Vel tandem, † si malueris, aliter, nec inutiliter intellige dictum §. filijs autem, quod scilicet, cum taxatiua generaliter præponatur, & postea sequatur tam actus supremi iudicij, quam contrahentium inter viuos, vt patet ex litera: argumentum à contrario sensu sumendum est ex eo membro, in quo non inducatur iuris antiqui correctio: cessat enim necessitas correctionis, quando argumentum à contrario sensu potest verificari in alijs: nam constans est Doctorum sentententia, tunc præfatum argumentum correctionem iuris antiqui introducturum, quando alias in lege noua maneret omnino otiosum, tradit Bart. in l. obseruare, §. proficisci, in 3. quæst. ff. de officio Proconsulis, Alex. & alij, in dicta l. 1. ff. de officio eius, vbi etiam notat Decius, dicto n. 53. in princip. & ita ad illum text. etiam respondebat Alex. vt refert Ias. in d. l. pen. n. 3. vers. contra tamen.

37 Ex dictis † etiam venit repellendus idem aliàs doctissimus Decius, in dicta l. penult. n. 12. C. qui test. fac. poss. vbi inquit, in omnibus bonis, in quibus patri non quæritur vsusfructus, esse iam habilem personam filijsfam. ad testandum; hoc enim falsum est: nam antiqua iura semper seruanda fore etiam in dictis bonis, sanxit Imper. in dicta l. penult. & adhuc manet impedimentum patriæ potestatis illæsum, & Auth. vt liceat matri, §. 1. coll. 9. nequaquam illud remouit, quoad facultatem testandi, sed dumtaxat ad libere administrandum, & disponendum inter viuos, vt latè supra ostendimus: idque ne maneret illusoria plenaria illorum bonorum acquisitio.

38 Nec † quidquam efficit in contrarium l. Imperator, 50. ff. ad S. C. Trebel. ibi: *Post decreti autem authoritatem, in ea hæreditate filio militi comparari debuit*, &c. Etenim necessariò intelligitur comparatio quoad administrationem, & dispositionem inter viuos, vt satis textus explicat ibi: *Si res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oportet*, &c. vbi innuit glossa, verbo, filio militi. tradit late Lusitanus Caldas, in l. 3. verbo, læsis, num. 96. C. de in integrum restitutione minorum, & in dicta l. Imper. tradit Bart. quem sequitur Ias. in d. l. penult. num. 3. vers. septimo facit. Accedit quia eo ipso tempore, quo emanauit decisio dictæ l. Imperator, & multo post in dicta l. penult. C. qui test. fac. poss. testandi facultas denegata erat simpliciter filiofam. in quibusuis bonis, etiam, aliquando quasi castrensibus, vt supra ostendimus. Tandem in dicta l. Imper. bona ipsa dumtaxat manebant priuilegiata absque respectu, & contemplatione personæ filijfam. qui nullatenus militare censebatur: vnde ex hoc etiam capite non poterat de illis testari, vt supra quoque probauimus; nec bona simpliciter quasi castrensia erant, vt ibidem notat Paul. num. 3.

39 Nec † denique l. vlt. §. necessitate, C. de bonis, quæ liberis, &c. concedit filiofam. personam

fonam legitimam ad testandum, sed tantum ad experiendum in iudicio, vt luce clarius est ex verbis textus, in quo solum agitur de interponendo consensu paterno ad prædictum effectum, & quod filius sit maior 25. annis; & ibidem ostendit glossa magna, & verbo, ætatis: nam ad testandum non disputatur, an debeat consensus paternus accedere, vel non; vel quod sit filius 25. annorum, sed quod liberè testetur, non aliunde mutuato consensu; & cum pubes tantum fuerit, id est, 14. annorum, l. 1. C. de Sacros. Eccles. iunctis ijs, quæ tradit Vigl. in princip. Inst. quibus non est permiss. nu. 9. l. qua ætate, ff. de testamentis, & quod persona filijfam. ad testandum non sit legitima, tenet Clarus, in §. testamentum, q. 18. in princip. & supra in initio probauimus, in dictis etiam terminis.

40 Ex quibus † hucusque deductis patet, filium fam. de bonis, quæ ipsi acquiruntur ex constitutione l. cum multa, C. de bonis quæ liberis, non posse testari. Similitudo autem castrensium bonorum, qua vtitur Imperat. id tantum euincit, vt liberè de illis inter viuos disponat, ad exemplum casus, de quo dicta l. Imperator, ff. ad Trebell. ex peculiari ratione, quæ ex dicta similitudine deducitur, vt supra tetigimus. Quod postea idem Iustinianus simpliciter constituit, in l. vlt. C. de bonis quæ liberis, & in Auth. Vt liceat matri, & auiæ, in princip. & §. 1. & in alijs locis. Euincit etiam ne veniant in collationem, l. 1. §. nec castrense, ff. de collatione bonorum, l. vltima, vers. vltimo, C. de collationibus. Hęc enim, & similia priuilegia bonis tantum iniunguntur, sicut in dicta l. Imperator, ff. ad Trebell. Testamenti autem factio actiua tunc in quasi castrensibus locum habebit, quando filiusfam. fuerit in aliqua imaginaria militia, & ob id bona ipsius dicantur quasi castrensia: uel quando aliter ei fuerit specialiter concessum.

41 Hinc infers † declarationem ad Ord. Lusitanam, lib. 4. tit. 97. §. 10. vers. & queremus, vbi ita inquit. *E queremos, que os dittos casamentos, e mereçes de ajuda para elles, se regulem, quomo se fossem bens quasi castrenses, E nam tebnam natureza debens profectitios*, &c. id est, *& volumus, quod dictæ dotes, vel beneficia illas adiuuantia censeantur, ac si essent bona quasi castrensia, & non habeant naturam bonorum profectitiorum*, &c. vbi loquens de donatis à principe non conferendis, manifestè deducitur ex d. l. cum multa, iūcta d. l. 1. §. nec castrense, & l. vlt. vers. vlt. C. de collat. atq; ita intelligenda est iuxta supradicta, vt scilicet bona, de quibus loquitur, existimentur quasi castr. ad effectum, ne conferantur, de quo agit, & similes: non tamen vt de illis filiusfam. testari possit, de hac enim testandi facultate nequaquā agit d. Ord: immò supponit tam filios suiuris morte patris esse effectos, cum agat de collat. bonorum, & diuisione inter fratres; a qua coll. voluit legislator Lusit. eximere liberalitates principis; & amplius apparet ex illis verbis, *& nō tebano natureza de bens profectitios*, &c. id est, *& non habeant naturam bonorum profectitiorum*, &c. vbi satis aperit intentionem suam esse, ne bona ista tamquam profectitia, vel parētibus acquirerentur, l. cum oportet, C. de bonis quæ liber. §. 1. Inst. per quas personas nobis vel conferrentur, l. vt liberis, 17. C. de collat. Vtrumq; igitur denegauit legislator, dicens esse quasi castrensia, priuilegium ipsis dumtaxat bonis dando, non personæ, & ideo de illis filiusfam. testari non poterit, iuxta supra dicta.

42 Et ad confirmationem † prædictæ interpretationis perpendēs aliam Ord. Lusit. lib. 4. tit. 98. §. 5. dum inquit, *o quinto caso he, se no dermos alguma cousa ao filho, quer mouel, quer de raiz*, &c. id est, *& quintus casus est, si nos dederimus aliquam rem filio, siue sit mobilis, siue soli*, &c. vbi percurrens casus, in quibus vsusfructus patri non acquiritur, subiungit quintum casum, scilicet, si quis aliquid obtinuerit à Serenissimo Principe, quę Ord. aperte deducitur ex d. l. cū multa, & tātum meminit horum bonorum ad effectum impediendi parentibus vsusfructus acquisitionem: quasi hoc simpliciter à iure intēdatur; & consequenter mentionem aliàs quasi castrensium esse dumtaxat ad talem effectum citra dubitationem demonstrandum, ex ratione, quam supra notauimus. Hanc autem Ord. d. §. 5. ampliabis etiam procedere in ijs, quæ filiusfam. donantur à piissima Augusta, siue Regina, vt patet in d. l. cum multa, ibi: *vel a piissima Augusta* &c. ex qua deductam fuisse præfatam Ord. diximus: nam sicut de iure d. l. cum multa, loquens de Imperat. intelligitur etiam de rege, vt latè comprobat ex receptiori sententia Lusit. Caldas, in d. l. 3. C. de in integr. restit. min. verb. læsis, n. 106. post med. sicut aliàs ad terminos l. penult. C. de donat. inter virum, & ad l. Bene à Zenone, C. de quadriennij præscript. probat Duennas. Regula 238. limit. 5. sequitur Cald. vbi proximè, in fine. Ita etiam loquens de Augusta intelligetur de Regina, quinimmo intelligetur etiam de ducibus, & similibus princip. qui superiorem non recognoscunt argumento eorum, quæ tradit Cassanæus, in Consuetud. Burg. Rubr. 1. §. 5. interpretatione vltima n. 14.

43 Inferes † præterea necessariam declarationem ad Ordin. lib. 4. tit. 81. §. 3. vers. porem, vbi ita inquit: *Porem dos bens castrensas, ou quasi castrenses podera liuremente dispor*, &c. id est, *At tamen filiusfam.* (de quo loqui cęperat) de bonis castren-

castrensibus, vel quasi castrensibus poterit libere testari, &c. vt scilicet intelligatur, iuxta l. vlt. C. qui test. fac. pos. & §. vlt. Inst. de milit. testam. vnde deducta est. Hæc autem iura, à quibus Ord. deducitur, se omnino referunt ad l. vlt. C. de inoff. test. in qua, vt supra ostendimus, non de quibusuis bonis, quæ priuilegium habent quasi castrensium, filiofam. testari conceditur, sed de iis tantum, quæ priuilegium habent ratione personæ, quæ quasi militare videtur. Cum autem bona d. l. cum multa, ex priuilegio ipsis duntaxat concesso, quasi castrensia dicantur, ad effectum scilicet, vt patriam acquisitionem omnino, ac simpliciter effugerent: sequitur Ord. d. §. 3. vers. porem, non posse etiam intelligi de his quasi castrensibus, sed de iis, quæ supra enumerauimus.

44 Inferes † tandem elegãtem declarationem ad Ord. Lusitanam, lib. 4. tit. 83. §. 1. ibi: *O fillo familias, que soldado for, poderà liuremente testar dos bens castrenses, ou quasi castrenses*, &c. id est, *filiusfam. qui militauerit, poterit libère testari de bonis castrensibus, aut quasi castrensibus*, &c. quæ quidem Ordin. dum dicit filiumfamil. posse testari de quasi castrensibus, non debet referri ad filiumfamil. paganum, id enim suo loco constituerat eodem lib. 4. titulo 81. §. 3. de qua supra egimus: vnde facultas testandi de bonis quasi castrensibus, de qua loquitur Ordin. d. §. 1. omnino refertur ad filiumfam. militem, quód probatur, tum respectu Rubricæ, sub qua collocatur, quæ inscribitur: *Dos testamentos dos soldados, e pessoas, que morrem na guerra*, id est, *de testamentis militum, & eorum, qui cadunt in bello*: iunctis iis, quę glossa, verbo, retractare, in l. 1. C. ne liceat in vna, eademque causa tertio prouoc. vbi notat Bald. Alex. cons. 13. col. 5. lib. 3. faciunt quæ ex sententia Bart. & aliorum tradit late Decius in l. 1. in 1. lect. n. 7. cum duobus sequentibus, ff. si cert. petat. tum etiam ex verbis eiusdem Ord. in d. §. 1. quæ supra retulimus, vbi manifeste liberam testandi facultatem, etiam de quasi castrensibus refert ad militem filiumfam. & clarius patefacit eadem Ord. in verbis sequentibus, ibi. *E isto se entenderà daquelles soldados, que tem legitima edade de 14. annos, &c.* id est; *& hoc* (scilicet quod possit testari de castrensibus, vel quasi castrensibus, quod immediate ante dixerat) *intelligetur de illis militibus, qui habent legitimam ætatem 14. annorum*, &c. ergo facultas testandi de quasi castrensibus, & quam immediate præconcesserat filiofam. de milite omnino intelligitur.

45 Constat † etiam verum militem filiumfamil. non quasi castrense, sed castrense peculium habere posse: quantumuis sit veteranus, vt exprimit Imperat. in lege vltima, versic. quia militibus, C. de inoffic. test. ibi: *Quia militibus*; quidem, & veteranis testamento facere in castrensi peculio vndiq; concessum fuerat, &c. innuit glossa ibidem, verbo, non prohibetur, & verbo, quia: nec enim in solo iure legitur, quod simul bona castrensia, & quasi castrensia, vero militi quam tali competãt: nam castrensia uerè militans habet, quamuis militiare desijsset, lege penultima, §. 1. iuncta glossa, verbo, paganus, ff. de castr. peculio, quasi castrensia, quasi militans, ne veritas imagine adumbretur, argumento l. filio, quem pater, ff. de liberis, & posthum. Atque ita filiusfam. quando vt miles testatur de bonis suis, nõ dicitur testari de quasi castrensibus, sed potius

46 de castrensibus: nam licet † dabile sit, vt possit vnus, & idem filiusfam. vtrumq; peculium habere, veluti, si ante militiam aliquid acquisiuit ex causis, quæ pariunt peculium quasi castrense, iuxta l. vlt. C. de inoff. test. & postea in numeros militum relatus, ex castris aliquid acquirat, §. 1. Inst: per quas personas nobis: vel si aliquid acquisiuit ex castris, & postea non inhoneste demissus datis terminis habilibus quasi castrense de nouo quærat; & castr. & quasi castr. simul obtinebit, vt innuit d. l. vlt. vers. sed hæc quidẽ, iunctis verbis præcedentibus, & sequentibus. De vtroq; tamen peculio non testatur tamquam miles; quinimmo de altero tamquam miles, de altero vero ad instar militis.

Vnde ne dicamus, quod Ord. dicto tit. 83. §. 1. perperam meminerit bonorum quasi castrẽsium, dum de eisdem testandi facultatem concedit filiofam. si militauerit: eleganter intellige illius mentem fuisse explicare, quæ prædixerat eodem lib. 4. tit. 81. §. 3. vers. Porem, vbi generaliter statuerat filiumfam. posse testari de bonis castrensibus, vel quasi castrensibus, vt scilicet velit, tunc demum filiofam. facultatem competere testandi de castrensibus, vel quasi castrensibus, si verè, vel fictè militauerit: verè, respectu castrensium; fictè, respectu quasi castrensium; & ita in d. §. 1. Ordin. Lusitanæ castrensia referuntur ad filium fam. verum militem; quasi castrensia, ad quasi militantem. Quod etiam accipe in vna, eademque persona, si in ea vtrumque peculium extiterit, iuxta supradicta. Et secundum hæc colligitur legislatorem Lusitanum tunc concessisse filijsfamil. testandi facultatem de peculio quasi castrensi, quando aliqualiter militare censeantur; vnde non simpliciter ratione bonorum, sed ratione exercitij personalis principaliter, conceditur filiofam. testandi potestas, quod erat intentum.

47 Illud obiter † notabis, etiam in confirmationem præcedentis interpretationis, qđ licet attento iure cõi indistincte filiusfam. de castrẽsi

peculio

peculio posset testari, iuxta dispositionẽ totius tituli, ff. & C. de castr. peculio, §. illi autem, &c. sed test. Inst. de milit. test. ex ratione Vlp. in l. si quis filio, 6. §. vlt. ff. de iniusto, rupto, idq; indistinctè procedat, vndecumq; tale peculiũ, quæratur, vt tradit Decius, in l. vlt. n. 5. C. qui test. fac. pos. Attamen, attento iure Lusit. non indistinctè de pecul. castr. testari potest: nam si pater filio ad bellũ donet, nõ poterit filius de tali re donata testari; qđ cõprobo ex Ord. Lusit. lib. 4. tit. 97. §. 7. iũcto §. 9. vbi inquit, qđ tunc filius non tenetur conferre, quod ei pater donauit ad bellum, si consumpsit; verum si extat, vel filius factus est locupletior, tenetur cõferre. Quod etiam esse contra ius commune ad eandem Ord. notat prudentissimus Vallasc̃us Lusit. tract. departitionibus, & collat. ca. 13. n. 167. cum sequenti ex quo sequitur, non posse de tali re donata testari: etenim idipsum, quod confert, è re patris censetur, & consequenter omnibus fratribus commune, ergo de illa testari nequit.

48 Et quod † filiusfam. non possit testari de eo, quod conferre tenetur, ex eo insuper à fortiori suadetur: quia peculia aduentitia non cõferuntur, §. 1. Inst. per quas person. l. placet, C. de bonis quę liberis, & tamen de illis filiusfam. testari nequit, l. vlt. §. filijs autem, C. de bonis quæ liberis, & c. l. penult. C. qui test. fac. poss. vbi in fortioribus terminis id docetur, vt supra ostendimus, ergo a fortiori, rectè sequitur, non posse testari de eo, quod tenetur conferre, si extat, tamquam de re aliena.

49 Atque ita apud Lusitanos, † quod à patre donatur, tamdiu pleno iure filijfam. militis, intelligitur, quamdiu omnino censetur consumptum; at attento iure communi, tamdiu filij intelligitur, quamdiu de eo disponit, l. seruum filij, in fine, ff. de legatis, lib. 1. l. 2. l. proponebatur, ff. de cast. pecul. elegans glossa, verbo, testam. in l. pater qui castrense, ff. de castr. peculio, elegantius Paulus de Castro, in l. filiusfam. nu. 2. ff. ad legem Falcidiam.

50 Vnde † sequitur, apud Lusit. facultatẽ test. filijfam. concessam esse restrictiorem, quam inspecto iure communi; in eo tamen quoad pecul. castr. adhuc filiusfam. testari poterit apud Lusitanos, & manebit incorrecta iuris communis dispositio, quando aliunde, quam à patre filiusfam. bona habeat intuitu militiæ; quæ notanda sunt ad Ordinat. Lusitanam, lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1. vbi indistinctè permittitur filiofam. de bonis castrensibus testari.

51 Pro coronide aduerte, † quod licet filijfamil. non possunt testari de bonis, l. cum multa, C. de bonis, quæ lib. sicut nec de reliquis aduentitijs, quæ pleno iure eisdem acquiruntur, vt supra probauimus. In ijsdem tamen de reliquis aduentitijs, quorum vsusfructus patri quæritur, habebat successores ab intestato filios, si quos relinquerint; ꝓbat expressè Auth. De hęred. ab intestato veniẽtib. §. 1. vers. licet enim, collat. 9. ibi: *Licet is defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filij cuiuscumq; sexus sint, aut gradus, etiam ipsis parentibus præponi præcipimus, quorũ sub postate fuerit qui defunctus est in illis, videlicet rebus, quæ secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur*, &c.

52 Vt autem hæc resolutio † amplius aperiatur, aduerte primò, Iustinianum in d. §. 1. id cõstituisse de nouo contra iuris rigorem in bonis aduentitijs: nam filiusfam. sicut hæredem habere non poterat ex testam. l. penult. C. qui test. fac. poss. ita nec ab intestato, vt ponit glossa, verbo, parẽtibus, in d. §. 1. Immò filiusfam. qui aliàs poterat hæredem ex testamento habere, l. vlt. de inoff. test. §. illis autem, vers. sed testari, Inst. de milit. test. non habebat ab intestato, l. 1. l. 2. l. proponebatur. ff. de castrens. pecul. eliganter ostendit Paul. I.c. in l. filiusfam. 18. ff. ad legem Falcid.

Hanc autem successionem ab intestato concessit Imp. ad similtudinem eius, quam constituerunt Impp. Theod. & Valentin. in l. 3. C. de bonis, quæ lib. circa dotes, & donationes ante nuptias; Quam cõstitutionem ampliarũt Imp. Leo, & Antonin. in l. 4. C. eodem tit. circa ea, quæ ex matrimonio, vel ipsius occasionę filij fam. acquirunt, & tandem ad similitudinẽ eius, quod idẽ Iust. constituerat, in l. vlt. C. communia de successsion. circa bona materna, & in princ. Inst. quibus non est permiss. circa castr.

53 Deinde aduerto, † d. Authen. in §. 1. loqui dumtaxat de rebus quæ vel quoad proprietatẽ nudam, vel etiam pleno iure filijsfam. acquir. vt patet in relatis verbis, ibi: *In illis videlicet rebus, quæ secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur*, &c. At Iustin. leges nil antea dispo suerant de nouo in castrensibus, vel quasi castrensibus, aut profectitijs: nam castrensia, & quasi iam præcipua filiorumfam. censebantur ab antiquo, l. 1. §. nec castrense, nec quasi castrẽse, ff. de collat. bonorũ profectitia autem semper parentum fuerunt, & nũc permanent, §. 1. Inst. per quas personas, ibi: *Secundum antiquam obseruationem*, &c. Leges itaq; Iustin. in aduẽtitijs disposuerant, ne parentibus acquirerentur, l. cum oportet, l. cum multa, l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. Deinde probatur ex dicta Authen. in §. 1. ibi: *Nam in vsibarum rerum, qui debet acquiri, aut seruari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus*, &c. nam dum inquit seruandum esse vsumfructum parẽtibus in ijsdem, in quibus filijsfam. datur successor, satis supponit, patres iam in vita illorum vsumfructum acquisiuisse; illud enim seruatur,

quod quaesitum est, innuit glossa ibidem, verbo, acquiruntur, ergo non loquitur de castrensibus, vel quasi, quae semper pleno iure filiorumfam. fuere, vt innuit Imper. in d. l. cum oportet, in fine. Ne obstat verba illa, ibi: *Qui debet acquiri*, in d. §. 1. nam respiciunt aduentitia, quae viuentib. filijsfam. fuerant pleno iure quaesita, vt inferius ostendemus. Nec et loquitur de bonis, de quibus l. 3. l. 4. C. de bonis, quae liber. & l. vlt. C. communia de success. quia quoad ius succedendi, plene in ijsdem fuerat dispositum.

Vnde fallitur glossa, verbo, parentibus, in d. §. 1. & reliqui, qui eam sequuntur, dum putat d. Auth. loqui de castrensibus, vel quasi castrensibus, conuincitur enim ex supradictis.

Quamuis autem d. Auth. non loquatur de castrensibus, vel quasi, nihilominus eius dispositio a fortiori procedet in ijsdem, cum castrensia, vel quasi magis sint exempta ab acquisitio
54 ne paterna. Attento † tamen iure antiquo ante princip. Inst. quibus non est permiss. fac. filiosfam. milite intestato decedente, pater eiusdem bona acquirebat excluso nepote, vt conuincit ratio textus in l. per procuratorem, alias lege per curatorem, 90. §. 1. ff. de acquir. haered. dum nepos institutus a patre milite, acquirit in solidum auo, in cuius potestate est, ergo si intestatus dessidisset, pater eadem bona iure peculij immediate occuparet, vt l. 2. ff. de castr. pecul. Idem dicas de peculio quasi castrensi, & satis innuit d. l. 3. C. de bonis, quae liberis, in simili; & in terminis notat Vigl. in princip. nu. 20. Inst. quibus non est permiss. fac. test. Bened. de Plumb. in repet. l. post dotem, n. 17. ff. soluto matr. quem sequitur Costa in repet. §. cum in bello, verb. patris, n. vlt. idque contra Bart. Bald. Nouellum, & Iasonem, quos refert.
55 Praeterea aduerto, praedictorum † bonorum in quibus nepotes succedunt patre suo, excluso auo, vsumfructum auo acquiri, in cuius potestate sunt: quamuis alias in ijsdem rebus in vita filij vsumfructum non haberet: veluti in terminis l. cum multa, & l. vlt. C. de bonis, quae liber. Auth. Vt liceat matri, & auiae, in princip. collat. 8. idque suadent verba d. Auth. de haeredibus ab intest. §. 1. ibi: *Nam in vsu earum, qui debet acquiri, aut seruari*, &c. Nam licet eaedem res antea effugissent vsusfructus acquisitionem, personae tamen mutatione, iam sicut reliquorum aduentitiorum, vsusfructus auo quaeretur, argumento textus elegantis in d. l. per procuratorem, §. 1. in vltimis verbis, ibi: *Quia castrensia esse mutatione personae desierint*. & quod dico de aduentitijs, quorum antea vsusfructus patri in persona filij non erat quaesitus, & nunc in persona nepotis auo queritur, intelligo etiam in castrensibus, vel quasi, quia mutatione personae, talia esse desierunt, vt deciditur in d. l. per procuratorem, §. 1. quae lex licet secundum ius antiquum ostendat pleno iure auo queri, nunc secundum d. Auth. in §. 1. solum procedet, quoad vsumfructum, tam in causa testati, quam intestati.
56 Tandem aduerte, nepotes, † vel ceteros descendentes, in terminis d. Auth. in §. 1. succedere patri suo vt haeredes, vt patet ibi: *Tantam de haereditate morientis accipientes partem*, &c. & probatur in simili, ex l. 3. C. de bonis quae liberis, & ibi: *Iure haereditatis*, &c.
57 Immo, & † deficientibus nepotibus, parentes succedent tamquam haeredes in dictis bonis aduentitijs, vt generaliter tradit glossa, verbo, parentibus, in vltimis verbis, in d. §. 1. & exprimit Paul. Castr. in l. filiusfam. n. vlt. in postremis verbis, ff. ad legem Falcid. & suadetur ex Rubrica praedictae Auth. quae concipitur, *de haeredibus ab intestato venientibus*, iunctis ijs, quae supra tradidimus, n. 6. & nu. 44. Deinde probatur ex eadem Auth. in §. si igitur defunctus descendentes, iuncto §. si vero cum ascendentibus, vbi deficientibus liberis, filij fam. defuncti, eius pater succedit cum reliquis filijs defuncti fratribus; quo casu nisi vt haeres succederet pater, sine dubio vniuersa filij defuncti bona obtineret solus iure peculij, vt inquit l. 2. ff. de castr. pecul. innuit l. 3. C. de bonis, quae liber. Tandem id suadetur ex simili; in l. vlt. C. communia de success. ibi: *Et sui filij non gratam haereditatem relictam*, &c. vbi pater in bonis maternis filij fam. haeres legitimus est. Et ita etiam explicari debet l. quecumque 4. vers. nulla autem, C. de bonis, quae liber. vt scilicet tunc parens haereditario iure succedat, non vero iure peculij; effectus autem vtriusque successionis colliges ex l. pater, qui castrense, ff. de castr. pecul. & ex ijs, quae inferius notabimus. Similiter etiam explicari debet principium Inst. quibus non est permiss. ibi: *Ad parentes eorum iure communi pertinebit*, &c. id est, castrensia intestato filio ad patrem peruenient iure haereditario, quod est commune.
58 Vnde attento † nouissimo Auth. iure, a fortiori iam hodie parens succedet iure haeredit. in bonis castrensibus, vel quasi castrensibus, tradit glossa, in dicta Auth. de hered. ab intest. §. 1. verbo, parentibus, in fine. Bart. in l. filiusfam. n. 2. ff. ad legem Falcid. vbi innuit Paul. Castr. n. vlt. in vlt. verbis, Costa, in l. qui duos, §. cum in bello, verb. patris, num. 10. ff. de rebus dubijs, glos. item in princip. Inst. quibus non est permiss. verbo, iure communi, vbi Angel. nu. 3. Mynsinger. n. 8. Marc. Ant. n. 29. Vigl. n. 21. latè Caldas in lege 3. C. de in integr. rest. min. verb. laesis, n. 97. & nu. 112. vers. hoc tamen, & est communis sententia sic correcta l. 1. ff. de castr. pecul. cum supra relatis, & in hac

successione

successione non præcedent patrem fratres defuncti, sed cum illis concurret, d. Auth. de hæredibus ab intest. §. si vero cum ascendentibus, quamuis antea excluderetur à fratribus defuncti princip. Inst. quibus non est permiss. id enim fiebat ad similitudinẽ l. 3. & l. 4. C. de bonis, quæ liber. l. vlt. C. comm. de succes. notat Vigl. in d. princip. n. 20. sicut etiam iam nunc quoad hoc correctæ sunt d. l. 3. l. 4. & l. vltima.

59 Ex quibus iam infertur, hodie † successionem iure peculij, cuius meminit l. 2. ff. de castrens. peculio, & l. 3. C. de bonis quæ liber. à partium enumeratione solum locum fore habituram in bonis filij profectitijs.

60 Infertur etiam, decisionem † d. l. filiusfam. ff. ad legem Falcid. iam nunc procedere de iure ordinario, vt ibidem notat Bart. n. 2. Paul. n. vlt. in vltimis verbis. Eman. Costa, in l. qui duos, §. cum in bello, verb. patris, n. 10. ante fin. ff. de rebus dubijs, & ita filiusfam. miles iam de rigore iuris potest rogare patrẽ ab intestato venientem, tamquam legitimum hæredem, non verò bona filij iure peculij occupantem, iuxta vulgarem regulam, l. Diuj, 6. §. codicillos, ff. de iure codicillorũ l. 2. ff. de legatis lib. 1. & ea, quæ infra proxime dicemus. Idem intellige in filiofam. habente peculium quasi castrense, ex æquiparatione, quam facit l. vlt. C. de inoff. testam.

61 An autem † filiusfam. in bonis aduentitijs possit rogare parentem, cum eundem habeat hæredem ab intestato venientem, vt scilicet quid ex hæreditate restituat? dubitationis est. Breuiter resoluendum est, non posse patris ab intestato venientis fideicommittere: nam regula iuris est, eum demum codicillos ab intestato facere posse, vel fideicommittere, qui & testari potest, d. l. Diui, 6. §. codicillos, ff. de iure codicill. cuius decisionem semper seruari tradit Bart. per textum ibi in l. 2. n. 2. ff. de legatis, lib. 1. vbi etiam Paul. n. 1. & reliqui notant, l. 1. §. hi qui, ff. de legatis lib. 3. Peregr. de fideicom. art. 1. n. 7. Idem constitutum est apud Lusitanos in Ordinat. lib. 4. tit. 86. §. vlt. constat autem filiosfam. de bonis aduentitijs nequaquam testari posse, quamuis pleno iure quæsiuerint, vt supra ostendimus, ergo licet patrem hæredem legitimum habeant, non poterunt codicillos ab intestato facere: ad exemplum impuberum, qui sui iuris effecti, decedunt sine pupillari testamento à patre facto: nã licet testari non possint, §. præterea, Inst. quibus non est permiss. legitimos tamen hæredes habent, l. 1. in princip. ff. de legitimis tutorib. §. cum autẽ, iuncta glossa, verbo, venturi, Inst. de adoptionibus. Secundũ quę constat patrem legitimum hæredem, & qui concurrunt cum eo nequaquam grauari posse à filio in potestate defuncto; commodumq; huius hæreditarię successionis illud erit, quod colligitur ex l. pater, qui castrense, ff. de castr. peculio. Item vt possent alij vltra patrem admitti: nam si iure peculij tantum successio reciperetur, solus pater admitti deberet, l. 2. ff. de castr. pecul. l. 3. C. de bonis, quæ liberis. Vigl. in princip. Inst. quibus non est permiss. n. 20.

62 Infertur † rursus iam hodie cessare decisionem l. pater, qui castrense, 17. ff. de castr. pecul. quatenus pater bona filijfam. militis occupando iure peculij solum intra vtilem annum filij creditoribus tenebatur, ex ratione quam tradit Vlp. in l. 1. §. merito, ff. quando de peculio actio annalis est: nam hodie pater ab intestato succedit filio militi, tamquam hæres, non uero iure peculij: vnde non intra annum dumtaxat, sed perpetuo tenebitur, ex ratione eiusdem l. pater, qui castrense, vers. vlt. ibi: *Perpetuo ciuiliter, vt hæres conuenietur*, vbi cum pater succedit vt hæres, perpetuo tenetur, & ita prædicti temporis compendium iam pater nõ obtinebit in successione bonorum castrẽsium, vel quasi castrensium; necnon aduentitiorum: vnde venit declaranda l. 1. ff. quando de peculio actio est annal. vt scilicet pater succedens filio in potestate defuncto, tunc iuuetur illo anni commodo, quando occupat peculium profectitium: nam reliqua bona, nimirum castrẽsia, quasi castrẽsia, & aduentitia, iam non iure pecul. sed hæred. acquir. & ita cõuenitur a creditoribus vt hæres, non qua pater iure peculij.

63 Infertur † quarto, dictam l. pater, qui castrense, 17. §. 1. de castr. pecul. dum decidit, quod pater institutus à filiofam. milite, si in necem legatariorum, causam testamenti omisit, & peculium possidet suo antiquo iure, tenetur ex edicto, *si quis omissa causa test.* ad exemplum eius, qui legitimam hæreditatem postea amplexus est: iam hodie secundum iuris regulam procedere, qua pater ab intestato filij militis bona castrensia, vel quasi non ad instar legitimi hæredis, sed vt verus hæres occupat.

64 Illud hic mouet † dubitationem ad interpretationem iuris antiqui, cur in d. l. pater, qui castrense, §. 1. pater incidat in edictum, *si quis omissa causa test.* quia ad effectum, vt bona possidens omissa causa testamenti teneatur ex edicto, requiritur quod possideat tamquam hæres, vel tamquam prædo, fingens sibi aliquem titulum ab intestato possessionis, l. 1. §. non quærimus, vers. toties, l. vlt. ff. si quis omissa, &c. pater autem nec tamquam hæres, vt diximus, nec tamqnam prædo, bona castrensia filij ab intestato possidet, sed iure peculij, l. 1. l. 2. cum alijs, ff. de castrens. pecul.

Verum dubitationem tollit Paulus I. c. in l. filiusfam. 28. vers. vlt. ff. ad legem Falcid. ibi: *Exemplo edicti, legatorum nomine conuenietur*. Cum igitur ad exemplum edicti, pater in præfatis terminis teneretur, nihil mirum, quod etiam tunc temporis sufficeret exemplum legitimi hæredis, quod pater ab intestato exhibet in d. l. pater, qui castrense, §. 1. & ita iste casus est ampliatiuus d. l. 1. §. non quærimus, vers. toties, & d. l. vlt. ff. si quis omissa, vt sufficiat possessio quasi pro hærede; non tamen satis erat possidere titulo vniuersali, quin hæreditarius foret verus, vel simulatus, d. vers. toties, quidquid contra innuat Paul. Castr. in d. l. filiusfam. n. 2. & 3. dum contentus videtur successione tantum vniuersali.

65 Infertur † quinto, quod, vt pater nunc bona filij fam. castrensia vel quasi castrensia, aut aduentitia ab intestato acquirat, vel trasmittat, requiritur, vt adeat filij hæreditatem: ita in terminis tradit Costa, in l. qui duos, §. cum in bello, verbo, patris, n. 10. ff. de reb. dubijs; aliàs non aditam non transmittit ad suos hæredes, ex regula l. vnicæ, §. in nouissimo, C. de caducis toll. vbi glossa verbo, patimur, Bart. n. 1. Bald. in l. si auia, C. de iure deliberandi; Salicet. in l. apud hostes, C. de suis; & legitl. cum si aliàs ageremus de antiquo iure peculij, etiam post mortem patris; bona ibtestati filij ad hæredes paternos transitum forent, l. proponebatur, 9. l. penult. §. quid autem, iuncto §. præcedenti, ff. de castr. peculio, quia fictione quadam declaratiua, apparet retro semper in dominio patris fuisse; & ob id non requirit habilitatem extremorum, vt constat ex proxime relatis iuribus; tradit eleganter Bartholom. Philipp. Lusitanus multiscius eruditionis vir, in tract. de fictionibus, 4. parte cap. vlt. & nos alibi deo annuente latius explicabimus. Nec obstabit l. penult. §. pater, ff. de castr. pecul. vbi prædicta successio comparatur postliminio, quod inducit fictionem translatitiam de tempore, ad tempus, & requirit extremum à quo, habile. Respondetur id similitudine quadam dici, vt patet ibidem, non uerò quod eodem procedat fictionis modo.

66 Infertur † sextò, quod l. seruum filij, 44. in princip. ff. de legatis, lib. 1. & d. l. proponebatur, ff. de castr. pecul. cum alijs; quatenus dicunt, patrem iure suo posse disponere de bonis castrensibus, sicut de suis; iam nunc attento tempore d. Auth. de hæredibus ab intest. §. 1. omnino correctas esse, cum earumdem decidendi ratio corrigatur; tenet in terminis Costa, in d. §. cum in bello, verb. patris, num. 10. ante fin. quidquid Ias. in dicta l. seruum, num. 12. audenter contradicat.

Nam attento suo tempore, ex ea ratione procedebant, quia filiofam. milite intestato decedente, castrensium rerum dominium numquam à patre profectum retro censeba-
67 tur, vt satis exprimunt præfata iura: atq; † ita pater ex vi patriæ potestatis etiam earumdem in vita filij dominus intelligitur, sub quadam conditione resolutiua, nimirum nisi filius iure suo vtatur: quo non disponente, retro creditur simplex ac expeditum dominium habuisse; & quod interim res castrenses patris intelligantur, eleganter innuit l. 3. C. de bonis proscriptorum, ibi: *Auferri tibi debet*, per quam ita insinuat Clarus, & plures ab eo relati lib. 5. Sententiarum, §. final. quæst. 78. vers. quæro etiam. Eleganter Eman. Costa, in repet. l. qui duos, §. cum in bello, verbo, patris, nu. 10. ff. de rebus dubijs; sentiunt in terminis Balduinus, & Cuiac. in §. 1. Instit. per quas personas nobis acquiritur, Lusitanus Caldas, in l. si curatorem, C. de in integr. restit. min. verbo, læsis, num. 94. & nu. 112. multo post medium, & eleganter num. 93.

Nec obstat l. filiusfam. miles, 14. ff. de castr. peculio, ibi: *Cum in illo tempore non fuerit seruus patris*, &c. quia respondetur, interim patris non dici quoad effectum, vt ei statim acquirat; quia propter institutionem, quæ pendebat, deliberantibus scriptis hæredibus, incertum erat quibus, patri ne, an hæredibus acquisiturus foret: non tamen negat textus, esse patris suspensiuè, saltem interim dum hæredes scripti à filio, deliberant: quia filius testamentum fecerat, vt infra latius ostendemus. Idque probat in specie in l. in eo, quod castrense, ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Si uerò adita non sit, ut in proprio patris esse spectanda*, &c. & satis se exponit d. l. filiusfam. ibi: *Vbi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam acquisitio stipulationis*, &c. vt scilicet, quando dixerat, patris non esse, intelligatur in eo sensu, quo adhuc incertum est, an apud eum remanere debeat peculium, vel ad scriptos transire: vnde licet iste seruus peculij castrensis sit communis; & interim stipulatus totum acquirat socio, quamuis postea hæres in peculio castrensis scriptus adeat, ex ratione, quam ita decidens reddit Pomp. I. consultus, in l. si seruus communis, 18. de stipulat. seruorum, à cessante ratione, non procedit in patre, quando institutus omittit hæreditatem: quia semper fuit peculij, quod pater suo iure retro habuisse creditur, quidquid ibidem dicat glossa, verbo, quæ nondum, & in dicta lege in eo, verbo, spectanda. Nec tunc obstabit dicta lex si seruus communis. ibi: *Socio qui solus interim dominus inuenitur, tota stipulatio quæretur*, &c. nam id irreuocabiliter decidit dumtaxat respectu hæredis futuri: non

uerò

verò patris, de quo nullatenus agebatur, cuius licet interim dominium non esset simplex, ac expeditum, sed suspensum, omissa tamen hęreditate ab instituto, retro fuisse intelligitur; & consequenter ex tunc partem in stipulatione facere censebitur.

68. Constat † igitur ex dictis, patrem, qui legat rem castrensem filij, vt suam legare, nisi filio disponente aliena retro apparuerit: quemadmodum, quando quis legat suam rem, quæ ab hostibus capta est, propter ius postliminij iam exinde valet legatum, l. id, quod apud, 8. ff. de legatis, lib. 1. vbi glossa latè comprobat: nam si reuertitur, legato cōtinebitur, quasi semper in dominio legātis extitisset, l. retro creditur, ff. de captiuis & postlim. reuers. cū concord. si apud hostes manet, perinde censetur, ac si quis rem, vt suam legasset, quæ postea apparuit aliena, vel extincta est; ad cuius postliminij similitudinem pater disponit de bonis filij castrensibus, quasi de re sua, sub illa spe, vt non disponente filio, ab eo nunquam profecta censeantur, eleganter probat l. penult. §. pater, ff. de castr. pecul. ibi: *Quod si intestatus decesserit filius, postliminij cuiusdam similitudine pater antiquo iure habet peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia*, &c. cum iudicio tradit Paul. de Castro, in d. l. seruum filij, nu. 1. ante

69 te finem. & † hoc, de quo pater ita disponere dicitur, non est contra votum parentum, de quo l. scripto, vers. vlt. ff. vnde liberi, cum similibus; sed tantum prouisio in casum, quo filium præmori contigerit; quemadmodum etiam forma Aquiliana de nepote posthumo instituendo concipiebatur sub conditione, si filius intermedius in vita patris decessisset, l. Gallus, ff. de liberis & posth. vnde veniūt refellenda, quæ perperam tradit Bart. in d. l. seruum filij, ante nu. 1. & quæ ariolatur, nu. 1. quem ferè reliqui sequuntur, qui eandem limam pati debent.

70. Cum † igitur iam hodie cesset ratio, cui innitebantur, d. l. seruum filij, & d. l. proponebatur, quando filius intestatus decedit, quia iā pater non iure peculij, quasi semper retro habuisse credatur; sed iure hęreditario bona acquirat, & dominium, exinde quo hæreditatē legitimam adit; nihil mirum, quod etiam cesset ipsarum dispositio, idque comprobo ex simili, quando pater instituitur à filio milite; nam cum hoc casu cesset prædicta fictio, qua retro dominus credebatur, vt clarè innuit d. l. proponebatur, & clarius l. vlt. ff. de castr. peculio: quia iam tanquam hæres in bonis alienis succedit, cessat etiam d. l. seruum filij, & d. l. proponebatur, vt vtraque insinuat, & exprimit glossa prima, in d. l. seruum filij, quam sequūtur Bart. & Paul. ibidem, vterque nu. 1. ad finem, & reliqui; ergo cum iam hodie filio milite intestato decedente, pater eius bona non pristino iure peculij, (secundum quod retro dominus apparebat) sed vt hæres exinde dominium acquirat, benè sequitur, emendatas manere præfatas l. seruum filij, & l. proponebātur, cum ipsarum ratio expresè corrigatur in d. Auth. de hæred. ab intest. §. si igitur defunctus descendentis, iuncta Rubrica, vt supra probauimus, nam si pater hodiè rem filij castrensem, vt suam, putans uti iure pristino sibi competente, legauerit, inutiliter legasset, cum semper hæreditario iure succedat, siue testatus filius decedat, siue intestatus: constat enim iam hodie, rem talem simpliciter alienam esse; & ita succedet dispositio l. cum rem alienam, 10. C. de legatis.

71. Sed obstat † l. vlt. ff. de castr. peculio. vbi Paul. I. c. inquit, quod libertas à patre relicta seruo filij peculij castrensis, sustinetur, quamuis pater succedat iure hæreditario, ex testamento filij; ergo idem videtur in successione ab intestato, quamuis hodie iure hæreditario admittatur, & in quibusuis alijs, vltra libertatem relictis, vt innuit Ias. in d. l. seruum filij, nu. 12.

Verum respondendum est, d. l. vlt. procedere quidem hodie, sicut antiquitus, ex paritate rationis nuperrimè considerata; quidquid perperam contradicat Costa, in d. §. cum in bello, nu. 10. in fine, in verbo, patris: sed duntaxat in libertate, ex speciali ipsius fauore, vt patet ibi: *Sed fauorabilius est, libertatem à patre relictam admittere*, &c. idque contra iuris rigorem, vt ostendit l. penult. §. pater, vers. non tamen si vt hæres, iuncto §. vlt. in vltimis verbis, ff. de castr. peculio: nam legabatur libertas seruo vt proprio, qui postea apparebat alienus; & in hoc casu fauorem libertatis præualere ostendit I. c. in l. quidam, 25. §. si quis filium, vers. hoc amplius, iuncto præcedenti, ff. ad S. c. Trebell. ibi: *Libertate fauore sui seruata*, &c. Vnde ab speciali iam d. l. vlt. probat, non procedere in reliquis pecuniarijs dispositionibus. Et in terminis hanc differentiā inter libertatem, & reliqua, quæ legantur vt propria, cum sint aliena, eleganter ponit Paul. I. c. in l. Paulus respondit, 39. ff. de fideicom. libert. & ita satis seipsum videtur exponere in d. l. vlt. cuius etiam autor est, vt apparet ex epygraphe. Vnde colligitur apertè decisionem l. cum rem alienam, vers. quod si suam, C. de legatis, non habere locum in libertate, vt satis probatur ex præfatis iuribus, & ibidem notat glossa, verbo, vel vxori, Bart. nu. 4. & reliqui. Illud obiter aduerte, libertatē, quæ competit in prædictis terminis, esse fideicommissariam, argumento l. 2. §. 2. ad fin. ff.

de

de iure codicillor. cum hæc tantum alienis ser uis competere possit. l. libertates, 16. ff. de fideicomm. libert. cum concordant. non vero directam, ex ratione, quam ita decidens tradit Vlp. in l. Seruius existimabat, ff. de manumiss. testament.

72 Circa † d. l. seruum filij, & d. l. proponebatur, tandem aduerte, adhuc sustineri posse earumdem decisiones, diuerso quidem iure: scilicet quasi legatum rei alienæ, scienter alienę: nam cum hodie pater filio militi succedat iure tantum hæreditario, nec vnquam retro prædictorum bonorum dominus credatur, quando aliquot ex his bonis legauerit, in dubio prę sumitur legasse rem alienam; cum vnusquisq; scire leges existimetur, l. constitutiones, 12. C. de iuris, & facti ignor. vbi notat glos. Bald. & reliqui: nisi contraria præsumptione colligatur, legasse rem filij castrensem, vt propriam: in his enim omnibus speciebus seruabitur d. l. cum rem alienam, C. de legatis.

73 Infertur † tandem l. 1. vers. vlt. ff. de castr. peculio, dum inquit patrem iure peculij succedentem filio intestato, fieri hæredem ijs, quibus filius fuerat, procedere iam nunc de iure ordinario, quo hæres hęredis antiquo testatori fit hæres, l. 3. vers. sed si Titio. ff. de petit. hæredit. l. vlt. C. de hæredib. instit. quorum iurium regula procedit ex ea ratione: quia vltimus hæres personam induit hæredis, qui antiquum testatorem repræsentabat; & ita procedit l. hęredis appellatio, ff. de verborũ signific. & procederent ea, quæ aliàs tradidit Per[illegible]r. de fideicom. art. 33. nu. 31. quod tamen [illegible]clara, vt per Vigl. in §. substituitur, nu. 2. à med. Inst. de pupill. quæ regula, iam in patre intestato filio succedente æquè procedit, quia vt hæres succedit: cum antea iure peculij succedens, hæres fieret ijs, quibus filius fuerat, ex vi tantum patriæ potestatis, l. planè, ff. de acquirend. hæred. quasi per filium militem supradicta hæreditas, ei retro simpliciter quæsita fuisset; & ita quod diuerso iure pater per filium, quam hæres per hæredem succederet antiquo testatori, innuit I. c. in l. qui liberis, 8. §. hæc verba, ff. de vulgari. Diuersitatis autem ratio ex dictis patet. Cum igitur iam hodie pater filio militi intestato fiat hæres, sequitur ordinario iure repræsentationis fieri hæredem ijs, quibus filius fuerat; quod etiam intellige in quasi castrensibus; necnon aduentitijs; in quibus omnibus iam hodie filiusfam. patrem legitimum hæredem habet, iuxta supradicta.

74 Vt igitur † reuertamur vnde digressi sumus, scilicet ad interpretationem d. Auth. de hæredibus ab intest. §. 1. coll. 9. aduerte illius dispositionem, dum statuit filijs in potestate decedentibus, ipsorum bona deferri descendentibus, non vero ascendentibus; apud Lusitanos cessare regulariter. Ratio est: quia cum legitimi liberi, non nisi ex legitimè nuptis nascantur, l. filium eum definimus, ff. de his, qui sunt sui, in princip. Inst. de patria potest. cum alijs, & per nuptias apud Lusitanos ius patriæ potestatis tollatur, Ordination. lib. 1. tit. 87. §. 6. & lib. 4. tit. 97. §. 19. quam declarat Lusitanus Caldas, tract. de nominatione emphyteut. quæst. 13. nu. 15. idem apud Hispanos procedere tradit Palatios, in Rubr. §. 43. Gomez. in l. 47. Tauri. & apud Francos testatur Boerius decis. 197. filij nupti liberi iure ordinario ei succedunt, quasi habito à filio emancipato; & ita omnino semoto auo, qui nullo vnquam tempore filij sui iuris effecti bona iure peculij occupauit, sed tanquam heres secundum regulas iuris, vt in simili tradit l. vlt. vers. vlt. C. de inoff. testam. ideo Ordinat. Lusitana, quæ de successione parentum loquitur, lib. 4. tit. 91. nequaquam meminit nepotum ex filio præmortuo, quia vtpote habiti ex patre sui iuris effecto, semper præcedebant auum in successione patris sui.

75 Hæc † autem licet generaliter procedant: in casibus tamen particularibus apud Lusitanos potest habere locum d. Auth. in §. 1. veluti in filio naturali plebei: nam si quis plebeius in potestate patria constitutus, habeat filium naturalem, qui aliàs cum legitimis, vel sine illis, tanquam legitimus succedet, vt clarè disponit Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 92. inprincip. Cabedo Lusitanus, 1. part. decis. 100. nu. 1. & in potestate patris manet, quidquid dicat Vallasc. cons. 94. nu. 4. tom. 1. & quod in potestate maneat, tenet Caldas Lusitanus, in l. si curatorem, verbo, sine curatore, n. 94. vers. ex quo primo. C. de in integr. restit. minorum, iste nepos præferetur auo in successione patris in potestate aui decedentis, ex dispositione d. Auth. in §. 1. Et hanc declarationem ampliabis ad similes casus, in quibus quis apud Lusitanos habere potest legitimos liberos, dum adhuc est in potestate patria, vt albi ostendimus.

76 Maior † dubitatio est in casu, quo filiusfam. decedit nullis liberis relictis, an apud Lusitanos pater ei succedat tanquam hęres, vel iure peculij? in bonis scilicet aduentitijs, maternis, & à fortiori castrensibus, vel quasi castrensibus, iuxta l. vlt. C. communia de succeſs. Auth. de hęredibus ab intestato venient. §. si igitur defunctus descendentes, collat. 9. Vtilitatem huius quęstionis ostendit I. c. in l. pater, qui castrense, ff. de castr. pecul. colliges etiam ex supradictis circa transmissionem horum bonorum, & tandem ex alijs quę vbique tradunt Doctores.

Mouet

Mouet dubitandi rationem: quia apud Lusitanos post liberos filij defuncti, ei pater, vel quilibet ascendens succedit exclusis omninò eiusdem defuncti fratribus; Ordin. Lusitana, lib. 4. tit. 91. in princip. atque ita iam nihil cogit, vt colligamus eum iure potius hæreditario, quam peculij succedere, vt aliàs quoad ius commune supra argumentabamur.

Deinde, eadem Ord. d. tit. 91. §. 1. dum loquitur de filio in potestate decedente, statim meminit dispositionis testamentariæ, (quando filiofam. permittitur) vt scilicet teneatur patrem instituere in legitima portione: vnde tacitè innuere videtur, patrem non esse hæredem ab intestato sui filijfam. & ita suscitetur apud Lusitanos ius antiquum commune, de quo supra egimus.

His tamen non obstantibus, resoluendum est, patrem apud Lusitanos tanquam hæredem filijs suis in potestate decedentibus succedere iuxta supradicta, ad interpretationem d. l. vlt. C. comm. de success. d. Auth. de hæred. ab intest. §. si igitur defunctus descenden-
77 tes, quorum † iurium decisionem amplectitur Ord. Lusitana, dum contrarium non exprimit, vel stylo, aut consuetudine Lusitaniæ decisum non apparet in materia, quæ non continet peccatum, (nam statur iuri Canonico in peccaminosa) vt generaliter statuit eadem Ord. lib. 3. tit. 64. in princip. vers. & sendo, idque tandem confirmatur ex solutione obiectionum.

Nec iam obstant supra perpensa: nam ad primum respondetur, quod licet Ord. Lusitana in successione intestati filijfam. excluserit fratres demortui, patremque duntaxat admiserit corrigendo ius commune, in d. Auth. de hæredibus ab intest. §. si vero cum ascendentibus, & d. l. vlt. C. commun. de success. non proinde tamen denegat patrem iure hæreditario succedere filio in potestate decedenti, in hoc amplectens iurium nuperrimè citatorum decisiones; Sicut etiam attento iure communi pater succedit tanquam hæres suo filiofam. etiam quando nullus defuncti frater concurrit, vt probat textus in l. vlt. C. communia de success. in princip. Instit. quibus non est permiss. fac. testam. ibi: *Iure communi pertinebit*, &c. & in d. Auth. de hæredibus ab intest. §. si igitur defunctus descendentes, iuncto §. 1. vbi in præfata successione admittit patrem excludendo cæteros legitimos hæredes; quæ quidem exclusio superflua omninò esset, si pater iure peculij succederet: tunc enim non solum coniunctos sanguine filio defuncto, quinimmo proprios ipsius liberos excluderet, vt innuit l. 3. C. de bonis, quæ liberis, & supra notauimus.

78 Tandem † non obstat secunda consideratio: quia ob id Ord. Lusitana in d. tit. 91. §. 1. meminit testamentariæ dispositionis, vt ostendat duos illos casus testati, & intestati, in quibus pater præcedit fratres defuncti, scilicet tam quoad legitimam successionem, quam testamentariam. Insuper mentionem fecit filijfamil. testantis, iniungendo eidem necessitatem instituendi parentes; vt ostendat filiosfam. in peculijs quasi castrensibus, teneri instituere parentes, iuxta Auth. Vt cum de appellationibus cognoscitur, §. sancimus, collat. 8. Bart. in Auth. Ex causa, C. de liberis præteritis, nu. 13. quod etiam intellige in peculio castrensi, si filiusfamil. veteranus est, alioquin si est in expeditionibus, liberrimè testari poterit quomodocunque velit, quin testamentum querelæ subiaceat, vt eleganter defendit Viglius, in §. illis autem, num. 12. cum sequenti, & pro hac parte est Imola, Perez. Mynsinger. Menchaca. Berous. Alciat. Barbaran. quos referens, sequitur Caldas, Lusitanus, in l. si curatorem, verbo, læsis, nu. 111. C. de in integr. restit. minorum, & plures relati per Ioseph. Gonzalez Flores, cap. 12. var. quæst. num. 15. & tradiderat gloss. verbo, irritum, in d. Auth. Ex causa. Quod etiam obtinebit apud Lusitanos; propter generalem determinationem Ordinat. lib. 4. tit. 83. §. 6. quidquid de iure communi nouissimo contradicat Bartol. d. nu. 13. in d. Auth. Ex causa, vbi Alex. col. 3. Angel. & alij, in d. §. illis autem, & plures, quos refert, & sequitur Iul. Clarus, in §. testamentum, quæst. 84. versic. vlt. plures itidem referunt Caldas, & Flores vbi supra, vnde venit declaranda Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 91. §. 1. dum imponit necessitatem filijsfam. instituendi parentes, (quando eis testari permittitur) vt scilicet, non procedat in filiofamil. milite in expeditionibus testante, iuxta supradicta. Declaranda etiam venit alia Ord. Lusitana, eodem lib. 4. tit. 81. §. 3. & tit. 83. §. 1. quæ constituit filiosfamil. liberè posse facere testamentum de bonis castrensibus, vel quasi castrensibus, vt scilicet ista libertas intelligatur tantum de iure testandi, non verò de modo, cum teneantur parentes instituere; nisi de castrensibus in expeditionibus testentur, secundum prædicta.

SVMMARIVM.

Laic agitur de intellectu l. vxori maritus, 27. ff. de vsu, & vsufr. leg. à nu. 1. & præcipuè à nu. 53. & omninò à nu. 64.

Refertur, & reprobatur intellectus glossæ, nu. 1. & num. 5.

Refertur,

Refertur, & reprobatur intellectus Bart. qui etiam communis est, à nu. 2.

Verbum (repeto) *inducit suapte natura positionem eius, qui dedit, vel qui dantis locum habet. num. 3.*

Explicatur l. non est nouum, 5. ff. de condict. indebiti, nu. 4.

Refertur, & reprobatur intellectus Eman. à Costa, ad d. l. vxori, à nu. 6.

Quod aufertur ab indigno, fisco adijcitur. nu. 7.

Quando persona, cui primo competebat successio, est incapax, sequentibus defertur, non fisco. num. 8.

Filius incapax non obstat sequentibus, ibidem.

A filio spurio, quam pater instituit, fiscus non aufert, sed cohæres, substitutus, vel legitimi. num. 9.

Ab eo, qui tacitam fidem accommodauit restituendi filio spurio testatoris, fiscus aufert, nu. 10.

Fallit in eo, qui tacitam fidem accommodat super rebus quodammodo proprijs, ibidem.

Ab hærede, qui non vindicauit mortem defuncti, fiscus aufert, vt ab indigno. nu. 11.

An pœna non vindicantis mortem defuncti vigeat; & an sit iusta consuetudo, quæ illam abrogat. num. 12.

Quomodo intelligatur l. 1. C. de his, quibus vt indign. ibi: debitum officium pietatis, *&c. ibidem.*

Ab eo, qui testatorem coegit, vt ipsum hæredem scriberet, fiscus aufert vt ab indigno. nu. 13.

Quid dicendum, quando tertius fraudis non particeps instituitur, altero compellente testatorem, vt illum instituat: an institutus, vel fiscus, aut venientes ab intestato admittantur ad hæreditatem; à nu. 14. pro fisco faciunt, quæ nu. 15. pro instituto, quæ nu. 16. pro legitimis hæredibus, quæ num. 17. Resoluitur pro fisco, à numero 27.

An testamentum metu factum ipso iure valeat? à nu. 18. affirmatiuè respondetur à nu. 20.

Quælibet omissio in substantia actus, ipsum vitiat. num. 19.

Testamentum dolo factum ipso iure validum est, num. 21.

Matrimonium, vt valeat, requirit liberum à metu, & dolo consensum, & de ratione. nu. 22.

Explicatur l. qui testamento, 20. §. vlt. ff. de testamentis. nu. 23. vbi redditur differentiæ ratio, ob quam valeat testamentum metu factum, non valeat tamen testibus metu coactis.

Ab eo, qui per errorem institutus est, non aufert fiscus, sed cohæres, substitutus, vel legitimus. num. 24.

Ab eo, qui indignus est respectu defuncti, solus fiscus aufert. nu. 25.

Nemo potest opponere de iure fisci. ibidem.

Quando indignitas committitur respectu alicuius tertij, qui agere potest, ipse, & non fiscus reuocat. nu. 26.

Explicatur l. metum, 9. §. sed licet, ff. de eo, quod metus causa. nu. 28.

Explicatur l. vnica, vers. si hæres institutus, ff. l. si tabula testam. extab. nu. 29.

Ab eo, qui verè indignus est, etiam ex facto, & delicto alieno, fiscus aufert nu. 30. & à nu. 39. & num. 48.

Ab eo, qui aliquem testari prohibuit, si aliàs prohibens prohibito succedit, fiscus vt ab indigno aufert. nu. 31.

Si prohibens non sit successor, sed alius, facta prohibitio testandi, non præiudicat vero successori. num. 32.

Quomodo id intelligi debeat, eleganter discutitur ibidem.

Explicatur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 84. in principio, dum à contrario sensu admittit hæredem ab intestato, qui nec per se, nec per interpositam personam prohibuit defuncto testari. ibidem. & nu. 38.

Explicatur Ord. Lusitana, d. lib. 4. tit. 84. §. 2. nu. 33. & iterum, d. §. 2. in fine, nu. 38.

Quomodo puniatur, qui aliquem testari prohibuit. num. 34.

Et, qui probauerit se instituendum fore, vel aliter capturum ex testamento defuncti, nisi testari impediretur, impediens satisfacere tenetur, num. 35.

Et an in simplum, vel in duplum. nu. 36.

Apud Lusitanos in duplum condemnatio fit. nu. 37.

Quando aliquo prohibente non instituitur hæres, quem constabat instituendum, & prohibens non est soluendo, datur regressus aduersus fiscum, qui hæreditatem abstulit ab eo, qui eam destitutus voluntate defuncti obtinuerat. numero 28.

Reprobatur Bart. sententia, putantis ab eo, qui verè indignus est ex facto, & delicto alieno, fiscum non auferre, sed venientes ab intestato. à num. 40.

Eleganter explicatur l. si pater, 4. C. de hæredibus instit. vbi latè agitur de institutione filij suppositi. à nu. 41. cum multis sequentibus.

Quando quis scribitur hæres per errorem, potius non institutus, quam indignus dicendus est: & ob id fiscus remouetur. ibidem. & nu. 43.

Ampliatur d. l. si pater, quamuis institutus filius putatiuus, de quo ibi, se filium simulet, & facto proprio alienæ familiæ obrepat. nu. 42.

Explicatur l. nec apud, 7. C. de hæredibus instit. num. 43.

Error in coniunctione naturali, & ciuili æquiparatur, ad effectum, vt dispositio nulla sit. nu. 44.

Latè explicatur l. aufertur, ff. de iure fisci. à numero 45.

De partu supposito agere possunt ij, ad quos res pertinet.

CAPVT VI.

Ad Scæuolam I. C. lib. 1. Respons. in l. vxori maritus, 27. ff. de vsu, & vsufr. legato.



1 Espondet Scæuola. *Vxori † maritus per fideicommissum vsumfructum, & alia, & dotem prælegauit. Hæredes vsumfructum ei concesserunt; Post biennium illicitum matrimonium fuisse pronunciatum est: quæsitum est, an id quod præterito tempore possedit, ab ea repeti possit? Respondi id, quod fructus nomine percepisset, repeti posse.*

Maximam difficultatem continet iste textus, dum inquit vsumfructum repeti posse: nam vel intelligit repetitionem faciendam ab hęredibus mariti, vt innuit glossa hic, dum allegat l. quidam, 17. supra eod. tit. & l. liberto, §. Lucius, ff. de annuis legatis, in quibus repetitio fit ab hęredibus defuncti, quidquid mentem glossæ male perceperit Lusitanus Senator, & primarius quondam iuris ciuilis professor Vallascus, Cons. 15. post med. in 1. tomo, dum putat glossam fisco repetitionem concessisse.

Et secundum glossę intellectum obstat l. præfectus, ff. de ritu nuptiarum, vbi propter matrimonium illicitè contractum, non adimitur vxori, quod à marito in testamento relictum est. Concordat in simili l. vlt. ff. de legatis 1. l. 2. vers. per contrarium, ff. de his, quib. vt indign.

2 Vel † textus intelligit repetitionem à fisco faciendam, vt putat Bart. hic, in fine, & ante eum Dynus, & Alber. & suadetur ex l. cum hic status, §. vlt. ff. de donat. inter virum, & vxor. l. qui contra, 4. C. de incest. nupt. Et hunc esse communem intellectum asseruit Bald. Nouellus, tract. de dote, 11. parte, de priuilegijs dotis putatiuæ, vers. decimumtertium membrum, nu. 14. in 6. vol. tract. Sequitur Coras. in l. qui liberos, nu. 68. ff. de ritu nupt. Cacialupus in Repet. l. si qua illustris, nu. 90. C. ad S. consultum Orfician.

3 Et secundum hunc etiam intelligendi modum, vltra prædictam obiectionem, quæ etiam hic militat, obstat Primò, quod verbum (*repeti*) de quo in hoc textu, inducit suapte natura petitionem eius, qui dedit, vel qui dantis

dantis personam induit; ita innuit glossa hic, conducit l. 2. cum seqq. ff. de condict. indeb. l. cuius per errorem, ff. de regulis iuris. in terminis resoluit Bald. Nouellus, d. vers. decimū tertium membrum, nu. 14. sequitur insignis Eman. Costa, in cap. si pater, 1. part. verbo, vxorem, nu. 15. de testam. in 6.

4 Nec † diluit obiectionem, quod vulgò dicitur, non esse nouum, vt alius soluat, alius repetat, vt inquit Vlp. in l. nec est nouum, 5. ff. de condict. indeb. & in idem allegatur, l. si procurator, 6. & l. tutores, ff. eod. tit. l. cum fundus, §. 1. ff. si cert. petat. l. vlt. §. sed & si legatarij, vers. sin vero creditores, & §. sin vero hæredes, C. de iure deliber. id enim propterea procedit in relatis iuribus, quia repetens habebat actionem contra dantem, qui conuentus cogebatur repetere; vnde ad euitandum circuitum, directò repetit is, qui non dedit, vt tradit Bart. & reliqui, in d. l. cum fundus, §. 1. & satis ostendunt præcitata iura in contrarium adducta, præcipuè d. l. cum fundus, §. 1. vers. vlt. iuncta gl. verbo, paratus sit; & confirmat l. quod si possessor, vers. vlt. ff. de petit. hæredit. At fisco, quando aufert ab indigno, non datur actio ad euitandum circuitū, non enim poterat agere contra dantem, qui non deliquerat, ergo in fisco nequaquam verificatur repetitio, quod erat intentum suprapositæ obiectionis.

5 Deinde † conuincitur: nam si fiscus aufert, cum quæstio in hoc textu generaliter proponatur circa vsumfructum, dotem, & alia relicta: cur Scæuola limitatè decidit, quod vsusfructus nomine vxor percepit, ab ea repeti; nihil verò respondit de alijs fideicommissis, & interusu tio dotis prælegatæ, iuxta l. 1. vers. & verum est, ff. de dote prælegata, iuncta l. 2. §. vlt. ff. si quis aliquem test. proh. Quæ obiectio non solum refragatur interpretationi, quæ fisco fauet, verum, & quæ hæredibus defuncti.

6 Aliter † tandem interpretatur subtilissimus Eman. à Costa, in d. cap. si pater, verbo, vxorem, de qua hic, non potuisse acquirere ob repugnantem tacitam defuncti mariti voluntatem, qui deceptus fuisse deprehenditur. & consequenter id prodesse venientibus ab intestato.

Qui quidem intellectus conuenit cum primo, in eo, quod hæredes legitimi admittant, non fiscus; discrepat verò in eo, quod primus supponit interim vxorem ipso iure recepisse relictum, & renere nisi adimatur, & repetatur, vt infra ostendemus; at Costæ intellectus supponit vxorem nunquam iure cepisse relictum.

Verum hæc Costæ interpretatio etiam sustineri nequit; Primò, quia matrimonium, quod postà constitit fuisse contractum illicitè, non reddit mulierem incapacem, nec tale quid in iure reperitur; sed vel iure capit adhuc & retinet, vt cōstat ex d. l. præfectus, ff. de ritu nupt. & l. vlt. ff. de legatis 1. & l. 2. vers. per contrarium, ff. de his, quibus vt indignis, vel indigna est, & fiscus aufert, vt probatur ex d. l. cum hic status, §. vlt. ff. de donat. inter virum & vxor. l. qui contra, 4. C. de incest. & inutil. nupt. l. Claudius Seleucus, ff. de his, quibus vt indignis.

Quod autē error testatoris possit esse in causa, vt legata relicta, pro non relictis accipiantur, & ita quasi non data ab vxore repetantur, vt inferius ostendemus, ex l. si pater, & l. nec apud, C. de hæred. instit. vt innuit Costa, d. nu. 17. & clarius ostendit nu. 16. id tamen non potest applicari nostro textui, citra vitiū diuinationis: non enim sequitur, post aliquod tempus pronunciatum est matrimonium illicitum, ergo antea erant coniuges in bona fide, & ignorantes, ad effectum, vt maritus dicatur illi mulieri tanquam vxori reliquisse, quæ postea non vxor apparuit; immò glossa hic putat vtrumque coniugem scienter contraxisse illicitum matrimonium; quod non diceret, si ex textu contrarium colligeretur.

Deinde, dato, quod vxor esset incapax ob errorem mentis testatoris, cur Scæuola proposita generali quæstione, solum respondit, id quod fructus nomine percepisset, repeti posse? quod sine mysterio à subtilissimo I. consultò prolatum intelligi nequit.

7 Vnde † pro intellectu, & materiæ cognitione aduertendum est, quando aliquid aufertur tanquam ab indigno, non deferri cohæredi, substituto, aut venientibus ab intestato, sed fisco adijci, l. 1. l. hæreditas, vbi Bart. & reliqui, C. de his, quibus vt indign. l. indignus, ff. eodem tit. Guilelm. Benedictus, in cap. Rainutius, verbo, condidit. il. 2. nu. 16. de testam. insignis Hispanus Molina, lib. 1. de primogenijs, cap. 9. nu. 26. plurimos refert. Caldas Lusitanus, in l. si curatorem, verbo, sua facilitate, nu. 16. C. de in integr. rest. minori. Vallasc. cons. 15. tomo 1. Peregr. in tract. de iure fisci, in tit. de indignis, à princip. & cons. 69. nu. 10. lib. 2. Lusitanus Georgius de Cabedo, Senator Palatinus, decis. 58. num. 3. & decis. 81. nu. 3. in 2. parte.

8 Si † verò tempore delationis persona fit incapax ex quolibet capite, tunc non fisco, sed vel substituto, vel cohæredi, aut venientibus ab intestato locus fiet: quia talis persona censetur de medio subducta; nec consequenter in ea aliquod ius inhæret, quod fiscus possit auferre, & ob id institutio vel legatum incapaci relictum, pro non scripto censetur, l. 3. ff. de his,

quæ

quæ pro non script. l. vnica, §. & cum triplici, C. de caducis tollend. cum incapax pro mortuo reputetur; l. 1. §. sed si patronus, ff. de coniungendis cum emancipato. l. si necem, §. deportatus, ff. de bonis libertorum. Atque ita primo vocato existenti incapaci, statim sequētibus vocatis, ex dispositione hominis, vel legis, excluso fisco, defertur successio, ac si ille incapax vocatus non esset, l. 1. §. qui habebat, ff. de bonorum possess. contra tab. vbi dicit Bart. quod filius incapax non obstat sequentibus in gradu, ac si esset mortuus, l. filium, vbi glos. ff. de inoff. testam. l. 1. §. sciendum, vbi Bart. ff. de suis, & legit. l. 2. §. ita demum, ff. ad S. cons. Tertul. Bald. in l. si quis, §. talem, C. de secundis nupt. Sequitur Molina, d. lib. 1. de primog. cap. 9. n. 30. tradit Peregr. d. tract. de iure fisci, in tit. de incapacibus, à principio, & cons. 69. nu. 9. lib. 2. Cabedo, d. 2. parte, decis. 57. nu. 6. & hanc differentiam inter indignum, & incapacem, vltra præcitatos latè comprobat Eman. à Costa, in d. cap. si pater, 1. parte, verbo, vxorem, num. 17. nouissimè Ioannes Garzia Saauedra, in tract. de tacito fideicommisso, nu. 40. ubi plures refert.

9 Et hinc † est, quod si pater instituat spurium, vel ei leget, hæreditas, vel legatum non transit ad fiscum, sed substitutis, cohæredibus, vel legitimis hæredibus competit, Bart. in l. vlt. nu. 8. ff. de his, quib. vt indign. estque cōmunis opinio vbique recepta, per Alex. cons. 74. nu. 6. lib. 5. & in l. si is qui, nu. 3. ff. de vulgari, Paul. in l. 1. n. 5. ad finem, C. de his, quibus vt indign. Iul. Clarus, in §. testamentum, quæst. 31. vers. sed quid si pater, Gama Senator Lusitanus, decis. 343. nu. 2. qui omnes prędicta ratione mouentur, quod scilicet filius spurius vti incapax, pro mortuo habetur, & iam non est persona, à qua fiscus auferat.

10 Vnde † si pater intermediam personam institutam, vel aliter honoratam grauet, vt filio spurio restituat, & tacitam fidem grauatus accommodet, tunc fisco locus fiet, l. cum, qui, ff. de his, quibus vt indignis. Ordinatio Lusitana, lib. 2. tit. 26. §. 23. tradit Bologn. cons. 24. Iul. Clarus, in d. §. testamentum, quæst. 31. vers. sed quid si pater, ad finem, & lib. 5. Sententiarum, §. finali, quæst. 79. vers. quando hæres; & generaliter in quibusuis tacitis fideicommissis tradit l. in tacitis, ff. de legatis 1. vbi glossa plura iura congerit, & in l. 3. ff. de iure fisci. Latè Ioannes Garzia Saauedra, in d. tract. de tacito fideicommisso; & ratio est (quam etiam Clarus notat in d. vers. sed quid si pater) quod tunc datur persona capax, quæ indignitatem commisit, à qua iam fiscus potest auferre.

Quod limitabis in terminis l. ita fidei, §. patronus, ff. de iure fisci; & in similibus, in quibus hæres, quasi de proprijs bonis rogatur, & fidem tacitam, accommodat, vt eleganter comprobat Eman. à Costa, in cap. si pater, 2. parte, verb. bona omnia, numero decimo, vers. vlt. & num. sequenti. nam in his casibus fiscus remouetur.

11 Hinc † etiam prouenit, quod hæres, qui non vindicauit mortem defuncti, indignus est, & ab eo fiscus aufert; quia capax est, & in ipsius persona hæreditas residet, l. hæredem, ff. de his, quibus vt indignis, l. 1. C. eodem tit. l. si sequens, ff. ad S. consultum Syllan. Ias. in d. l. 1. numero quarto, Iul. Clarus in d. §. finali, quæst. 79. vers. item quando. Lusitanus Cabedo decis. 58. nu. 1. 2. parte. Placa. in Epitome delictorum. lib. 1. cap. 39. num. 23.

12 An † autem hæc pœna hodie vigeat, vide per Follerium in pract. criminali, cap. 9. à numero 32. Iul. Clarum, in d. §. finali, quæst. 79. vers. item quando, & per alios recentiores, qui omnes talem pœnam consuetudine abolitam dicunt. Quæ quidem consuetudo, dubito, an iusta sit: quia licet ipsi dicant, quod lex ciuilis, exigens vt hæres necem defuncti vindicet, sit nutritiua peccati, quia impediretur pax, concordia, & iniuriarum remissio, sine dubio falluntur: nec enim nutritiua peccati est, nec pacem excludit: quia quo liberius deprauatæ naturæ habenæ laxantur, eo magis delinquit: & tunc vere pax abest, cum peccatis, & sceleribus subditorum exulat tranquilitas Reipublicæ, & ita, delictum plures vltores habere, etiam coactos, vel inuitatos, non est contra imò pro dictamine iustitiæ vindicatiuæ, in qua propriè politica & publica quies consistit; peccati igitur nutritiua non est illa lex, quæ stat pro iustitia vindicatiua, peccata deterrendo, vel puniendo, idque in exemplū ceterorum. Quod adeo verum est, vt dicat d. l. 1. C. de his, quibus vt indign. ibi: *Debitum officium pietatis scientes omiserint*, &c. in vltione necis testatoris versari pietatem; & in omissione ingratitudinem testetur I. c. in l. Caius, in fine, ff. ad Syllan. clamat enim sanguis occisorum, & qui sine odio vindicat, executor potius iustitiæ, quam iniuriarum suscitator dicendus est; alioquin effræni viro securius esset occidere, quam vulnerare: nam superstitem vulneratum timeret; & ita accresceret à facinore; at occisus, nisi coactum vltorem haberet, inultus maneret, & crimen inultum; cum nemo sit adeo pro defuncto solicitus, vt litium ambagibus, ac curis implicari velit, si recedere permitteretur; & ita minus terrerentur facinorosi à necando, quod vltimum malorum est. Insuper, hæredes necem defuncti non vindicantes, non tam remittere, quam omit-

omittere iniuriam illatam censerentur. Ex quibus, & alijs, quæ adduci possunt, potius damnarem præfatam consuetudinem, quam legem, quæ mortem defuncti vindicari iubet. Quæ sententia iuuatur ex ijs, quæ dicit Placa, d. cap. 39. numero vigesimo quinto, resoluens de iure, non posse hæredem occisi inire pacem cum occisore, vbi tamen de iure Castellæ aliter fuisse constitutum dicit.

13 Infertur † tandem, quod cogens morientem testari, vt ipse instituatur, hæreditas ab eo aufertur, & fisco applicatur, l. 1. iuncta Rubrica, ff. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit, l. 1. C. eod. tit. vbi notant Bart. Bald. Paul. & reliqui Scribentes, Cabedo, Decis. Lusitana 58. numero decimo, tomo 2.

14 Quid † autem dicendum est, si quis compellat testatorem, vt tertium quendam instituat hæredem ignorantem, & fraudis non participem: an ab illo debeat fiscus auferre, tanquam ab indigno: vel ipse institutus retinere: an venientes ab intestato admitti debeant?

15 Pro † fisco facit, quia iste capax est, & tamen indignus voluntate defuncti, quam non habet, l. hæreditates, C. de his, quibus vt indign. & à capaci, si aliquando auferendum est, solus fiscus aufert, iuxta supra dicta; in terminis tenet Paul. in d. l. 1. C. si quis aliquē testari prohib. vbi Bald. numero quinto, & Bart. in l. 2. C. eod. tit. in hanc partem inclinat, dum vltimo loco refert sententiā eorum, qui dicunt fisco locum fore, secundum notata per Decium, in l. cum fundus, 31. §. seruum suum imprudens, numero nono, ff. si cert. petat. tandem pro fisco stat glossa in Rubrica, ff. si quis aliquem testari prohibuer.

16 Pro † instituto verò adest sententia glossæ sibi contrariæ, in l. 2. verbo, remoueri, in fine, C. si quis aliquem testari prohib. quæ mouetur per textum in l. metum, 9. §. sed licet, ff. de eo, quod metus causa, vbi quis retinet, quod accipit occasione metus ab altero illati; glossam sequitur Ias. ibidem, numero tertio, ad finem, glos. etiam, verbo, leges, in Auth. vt eum de appell. cognosc. §. causas, coll. 8.

17 Pro † venientibus tandem ab intestato facit l. vnica, vers. si hæres institutus, ff. si tabulæ testam. nullæ extab. vbi si institutus defectus est voluntate defuncti volentis ab intestato decedere, non fiscus, sed legitimi capiunt excluso instituto.

Præterea, facit communis Doctorum distinctio, quam tradit Bart. in l. si pater, nu. 1. C. de hæredibus instit. & in l. aufertur, ff. de iure fisci, quod quando quis efficitur indignus culpa, & delicto alterius, non fisco, sed venientibus ab intestato hæreditas, vel legatum defertur, quasi iste magis incapax censendus sit, quam indignus. Sequuntur communiter Doctores, Alex. in l. si is, qui ex bonis, col. 1. ff. de vulgari. & cons. 202. nu. 6. Scribentes, in l. 1. C. de hæredibus instit. Sequitur late Peregr. de iure fisci, tit. de indignis, nu. 4. & 6. & cons. 69. nu. 8. lib. 2. Nouissimè Lusitanus Cabedo, 2. parte, decis. 81. numero vigesimo primo.

18 In quo † triuio, vt ipse interponam iudiciū meum, & viam eligam, prius disceptandum est, an valeat testamentum, quod quis metu condidit: alioquin inutaliter agetur de instituto, & fisco in propositis terminis. Quam quæstionē excitauit glossa 1. in l. 1. ff. de testamentis. & resoluit tale testamentum (quasi metus libertatem supremi iudicij infecerit) inualidum esse, ac nullum. Eandem glossæ sententiam ibidem sequitur Imola, columna prima; eandem sequitur Ias. in l. 1. numero tertio, C. si quis aliquem testari prohib. in terminis, quibus compellens se ipsum institui fecit.

Quod autem testamentum metu factum, sit inualidum, probatur Primò, argumento matrimonij, quod metu celebratum irritum est. cap. Abbas, quod metus causa, cap. cum locum, cap. veniens, il. 2. de sponsalibus. Deinde confirmatur argumento textus in l. qui testamento, 20. §. vltimo, ff. de testamentis, vbi testibus coactis, & inuitis detentis, testamentum est nullum. Tandem facit, quia aliàs defraudarentur vltima morientium elogia, si coacta institutio sustineretur in fauorem fisci auferentis tanquam ab indigno, in præiudicium legitimorum hęredum, vel in priori testamento scriptorum. Vnde rectè sequebatur, nec institutum posse retinere hęreditatem ex testamento metu facto, vtpote nullo: nec ab eodem scripto herede fiscum ablaturum hęreditatem, quæ data non apparet, sed potius deferendam ab intestato venientibus, vel ad ante scriptos hęredes in legitimo testamento. Quam illationem non recipiebat Ias. vbi proximè, quando metum inferens, non seipsum, sed tertium aliquem ignorantem institui faciebat: putat enim testamentum tunc ualere, ne factum alterius alteri obesset.

Et in primis hęc Iasonis differentia nequaquam sustinetur: nam si ex defectu consensus testamentum corruit, quando compellens seipsum institui facit: ita etiam ex eodem defectu corruere debet, quando compellens alium institui facit, alias non instituendum: nā vtrobiq; vitiū coactę uoluntatis ęquè militat,

& actum

& actum inficit: & si defectus datur in substantia actus, non potest suppleri, aut prætermitti
19 propter ignorantiam partis, cum † qualibet substantiali omissione etiam minima, actus corruat secundum Doctores, quos citat Felin. in cap. cum dilecta, col. 3. de rescriptis. Sequitur Decius. cons. 532. nu. 9. etiamsi iusta causa omittendi interesset. Bald. in l. 1. ff. de liberis & posth. sequitur Lusitanus Gama, decis. 45. num. 3.

20 Deinde † aduerto, quodcumque testamentum metu factũ ipso iure ualidum esse; hancq; sententiam esse in puncto iuris veriorem, & illam supponere tãquam indubitatam omnes Scribentes ad l. 1. C. si quis aliquem testari prohib. & id suadet satis d. l. 1. iuncta l. 2. infra eodem tit. l. 1. ff. eod. tit. vbi, qui dum captat hæreditatem legitimam, vel ex testamento, prohibet testatorem volentem facere testamentum, vel mutare, indignus est: at perinde est cogere aliquem, vt compellentem scribat hæredem, atque prohibere ne testamentum mutetur, in quo antea scriptus erat.

Præterea, satis confirmat hanc sententiam Rubrica ff. & C. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit, vbi æquiparatur prohibitio testandi, & coactio ad testandum; ita vt æquè indignus sit ille, qui prohibens testatori, ne testamentum denuo faciat, ex ante facto testamento, in quo scriptus erat, hæreditatem aucupatur; & qui compellit, seu cogit, vt testetur, & compellentem scribat hæredem; idem constituit Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 84. §. 4. indignitas autem supponit capacitatem, vt supra ostendimus, & ita per antecedens necessarium fateri cogimur testamentum metu factum ipso iure indistinctè validum esse.

Rursus facit l. si mulier §. si coactus, ff. de eo, quod metus causa, iuncta glossa, verbo, volui, vbi Bart. & reliqui dicunt, voluntatem coactam, voluntatem esse, vt patet ex textu, ibi: *Tamen coactus volui*, &c. Cum igitur detur voluntas, testamentum ipso iure valebit: quæ cum non sit libera, indignum hæredem reddit. Et vt breuiter colligam, persona compellens, vel tertius, quem institui facit, capax est, testator aliqualiter voluit; ergo mero iure hæres erit, licet priuandus veniat.

21 Tandem † probatur ex l. 1. vers. vlt. ff. de doli mali, & metus except. vbi supponens Prætor validum esse, quidquid dolo malo, vel metu fit (dum exceptione succurrit) idem intelligit in testamentis, vt patet ibi: *Quam in testamentis*, &c. & in dolo innuit etiã text. in l. Lucius, 88. §. Sempronia, ff. de legatis 2. iuncta glossa, verbo, actionem, quæ per textum ibi resoluit hæreditatem dolo collatam confiscari, quasi datio stricto iure teneat; & certè magis inficit voluntatem dolus, quam metus; nam metus qualemqualem certam voluntatem extorquet, at dolus nullam. Vnde si testamentum dolo factum de iuris seueritate valet, licet hæres scriptus sit indignus, vt in terminis cõstituit Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 84. in princip. à fortiori metu factum valebit.

22 Nec † iam obstant, quæ in contrarium adduximus: nam ad primum, de matrimonio, respondetur, quod propterea in eo liberrimus consensus requiritur, ne aliàs perpetuum dissidium inter coniuges detur, & exitus tristes, ac Reipub. perniciosi sequantur, si coacti cohabitent: non enim minus infeliciter coniunx coactus deget, quam illo breui spatio, quo inter ferales angustias patricida viuit culeo insutus cum cane, vipera, gallo gallinaceo, sibi perpetuo diffidentibus, iuxta §. alia deinde lex, Inst. de publicis iudicijs; & ita hoc speciale esse in matrimonio, ne metu factum teneat, tradit glossa, verbo, non valet, in l. 1. §. vlt. ff. de autoritate tutorum.

23 Non † obstat deinde d. l. qui testamento, vigesima, §. vltimo, ff. de testamentis, quia hoc etiam speciale est, vt ponit proximè citata glossa, d. verbo, non valet. Ratio autem specialitatis ex eo colligitur, quia cum testes in testamentis requirantur in numero septenario, ad propulsandas falsitates, & suppositiones inhiantium hæreditatibus defunctorum, & ob id rogati esse debebant, & non fortuiti, Authent. de testibus, §. & licet, collat. 7. & Auth. Rogati, C. eodem titulo, vltra alios Vigl. in §. sed hæc quidem, à numero septimo, Inst. de testament. si coacti, & inuiti sufficerent, non esset satis prospectum, & consultum voluntati testantium: nam coactus, & reluctans testis, nec audit, nec percipit, & perinde est, ac si somno, vel morbo comitiali occupatus tacuisset, vt in simili tradit Vlp. in d. l. prima, §. vltimo, ff. de autorit. tutorum, metus enim hos sensus potius impedit, quam expedit, iuxta illud, quod ex Epicharmo refert Alciat. in Rubrica C. de in ius vocando, ad fin. videlicet, mentem videre, & audire, non oculos, aut aures. At testator compulsus, vt instituat aliquem, opus est, vt voce exprimat, l. hæredes palam, ff. de testamentis; vt autem loquatur, mentem excitare debet, & voluntatem, & consequenter ita testari velle: vnde nihil mirum, quod testamentum valeat metu factum, non valeat tamen testibus metu coactis.

Nec tandem officit, quod aliàs fraudarentur suprema iudicia, si valeret prædicta institutio, vt fiscus auferat: nam illud primò & principaliter prouenit ex concurrentibus requisitis ad validitatem testamenti, scilicet,

voluntate defuncti, quamuis coacta, & habilitate personæ institutæ: fiscus verò aufert, quia scriptus indignè retinet, licet capiat. Quod verò attinet ad præiudicium scriptorũ in priori testamento legitimè facto, vel aliàs venientium ab intestato, infra ostendemus nullum oriri.

24 Præterea † principaliter aduerto, tripliciter posse auferri ius à capace, (de incapace enim non loquor) Primò, quia per errorem ei collatum est, v. g. in terminis l. si pater, 4. C. de hæred. instit. vel quia indignitatem aliquam ipse commisit; aut tandem ex facto alieno, ratione cuius quis destituitur voluntate dantis.

Primo casu, fiscus non aufert: quia per errorem datum, potius non datum censeri debet, quam adimendum, & ideo fiscus non aufert, sed legitimi hæredes; probat textus in l. nec apud, 7. C. de hæredibus instit. secundum quem debet explicari d. l. si pater, vt ibi docet glossa, verbo, auferendam, in fine; quod tenet in terminis Paul. Castrens. in l. 1. numero quinto, C. de his, quibus vt indign. Paris. cons. 11. Cum iste infans, numero decimo quarto, & cons. 29. Cato, numero 113. volum. 2. Eman. à Costa Lusitanus, l. c. in capitulo si pater, prima parte, verbo, vxorem, numero decimo sexto, de testam. in 6. eleganter explicat Peregr. cons. 69. numero vndecimo, libro secundo, licet perperam meminerit culpæ, & delicti alieni: quia tunc legitimi hæredes capiunt, non vt ab indigno, ex facto alterius, sed potius ab eo, qui non iure accepit: indignus enim iure capit, licet iure non retineat, vt supra ostendimus.

25 Secundus † casus in duo membra secandus est; vel enim quis indignitatem commisit aduersus testatorem, vel aduersus aliquem tertium; Primo membro fiscus aufert: nam quando committitur contra testatorem (& hæres capax est) nemo potest opponere de indignitate, ad ius, quod sibi non competit, postquam cum effectu hæredi indigno delatum est; sed solus fiscus; tradit glossa communiter recepta, in l. his consequenter, §. 1. verbo, non pertinere, ff. familiæ erciscundæ, Bart. cons. 81. numero septimo, Couar. qui plures refert, de sponsalibus 2. parte, cap. 6. §. 8. numero vigesimo tertio, Ias. in l. 1. numero sexto, C. de his, quibus vt indignis, plures refert, & probat Costa, in d. verbo, vxorem, numero duodecimo nouissimè Lusitanus Senator Cabedo, qui alios refert, 2. parte, decis. 50. numero primo, & decis. 81. numero vigesimo sexto, Peregr. d. cons. 69. numero decimo, lib. 2. & ita procedit l. Papinianus, 8. §. meminisse, ff. de inoff. testamen.

26 In secundo † vero membro, quando indignitas committitur contra aliquem, qui agere potest, tunc fiscus remouetur, & offensus duntaxat admittitur ad auferendum, vt probat in duplici specie textus elegans, in l. penul. C. de legatis, in legatario scilicet, qui in fraudem hæredis testamentum subtraxerat; & in eo, cui legatur, vt tutelam gerat, & renuit gerere; nam vtrobique & hæredi, & pupillo relictum assignatur; & legatarius reducitur ad conditionem incapacis, vt patet ibi: *Maneat autem quasi pro non scripto apud hæredem*, &c. tradit Bart. in l. prima, numero primo, vbi Paul. numero quinto, Ias. numero sexto, C. de his, quibus vt indignis; & respectu pupilli, est textus similis in l. post legatum, §. amittere, ff. de his, quibus vt indign.

27 Tertio † tandem casu (supposito, quod non sit incapax, nec indignitas committatur aduersus aliquem tertium, sed tantum contra defunctum) puto fiscum præferendum. Secundum quod, si quis testatorem coegit, vt tertium quendam ignorantem, etiam non constitutum in potestate compellentis, instituat, talis institutus est indignus, & ab eo fiscus auferet; sic intellecta l. 1. C. si quis aliquem testari prohib. secundum primam opinionem, quam supra retulimus.

Nec obstant fundamenta ceterarum opinionum: nam in primis, dum glossa, & qui eam sequuntur, dicunt institutum tertio compellente, hæreditatem retenturum, loquuntur contra dictamen rationis, quatenus permittunt retentionem bonorum ei, cui potius resistit, quam assistat causa, ob quam retinere potest, scilicet voluntas defuncti. Nec glossæ sententiam iuuat adducta l. metum, 9. §. sed
28 licet, ff. quod metus causa; Nam † vltra responsionem Baldi, in d. l. 1. nu. 5. C. si quis aliquẽ testa. prohib. qui dicit, metũ, de quo in d. l. 1. esse causam proximam acquisitionis illius tertij: at in d. §. sed licet, esse causam remotam, quæ non attenditur, & in causa proxima acquisitionis nullum vitium reperiri. Clarius responde in d. §. sed licet, tertium, qui mercedem accepit, pro iusta opera eam accepisse, ad remouendum scilicet metum illatum, vel ab illo liberandum; & ita metus se habuit occasionaliter tantum ad acquisitionem, de qua ibi: vt in d. l. 1. tertius institutus Lucium sentit, non quidem remouendo metum, sed potius admittendo, & ipsius ratione, & causa.

29 Pro vltima † verò opinione, quæ legitimis hæredibus fauet, non pugnat primum fundamentum ex l. vnica, vers. si hæres institutus, ff. si tabulæ testamenti nullæ extabunt: nam textus ille procedit multis cõcurrẽtibus. Primò, qđ hęres non habeat voluntatẽ defuncti, vt pa-

tet

tet ibi: *Non habeat voluntatē*, &c. Secūdo, quod factum etiam testatoris interueniat, scilicet incisio, vel cancellatio, vt patet ibidem: *Quia incisa sint, vel cancellata*, &c. vbi notat glos. verbo, acceperunt. Sentiunt omnes in l. penult. C. de testamentis; vbi Bart. nu. 3. Paul. nu. 2. Bald. nu. 1. & omnino nu. 2. ad finem Iaſ. nu. 2. Tertio tandem requiritur, vt velit moriens intestatus decedere, vt patet ibi: *Voluit quasi intestato decedere*, &c. & ita notant praecitati, in d. l. penult. vbi glos. verbo, non valere, & probat l. vlt. in fine, ff. de his, quae in testamento delentur.

Necobstant verba in d. vers. si haeres institutus, ibi: *Qua alia ratione testator voluntatem mutauit*, &c. quae videntur includere quamlibet mutationem voluntatis; vltra realem, quę facto interuenit, ad effectum, vt soli legitimi admittantur: *Quia* immo ex ijsdem verbis suadetur supra posita interpretatio: nam verbum (*alia*) similem praecedentibus mutationem inuoluit (secundum glossam communiter receptā verbo, alia, in l. 3. C. de seruis fugitiuis, vt in simili interpretatur Costa, in cap. si pater, 1. parte, verbo, instituit, nu. 15. extra, de testam. in 6.) quas constat esse mutationes reales, vt notauimus; itidem debent respicere totum testamentum, vt tradunt relati Doctores in d. l. penult. C. de testam. idque propter l. proximè, ff. de his, quae in testamento delentur.

30 Non facit † tandem pro legitimis haeredibus vltimum fundamentum; quia tunc delictum; & culpa alterius non faciet quem indignum in vtilitatem fisci, quando ex mente defuncti non instituendum fore colligeretur; qui si tunc censeatur non accepisse, nec institutionem factam esse, vt apparet in institutione per errorem facta, eleganter declarat Peregrinus, cons. 69. nu. 11. lib. 2. Si verò institutus habet qualemqualem defuncti voluntatem, ob quā ipso iure sustinetur institutio, quo casu iam venientes ab intestato excluduntur, tunc solus fiscus admittetur, dumodo institutus nō habeat liberam defuncti voluntatem: quo casu verè indignus est. notat glos. verbo, non valere, ante finem, in l. penult. C. de testamentis, vbi innuunt Bart. nu. 3. Paul. nu. 2. Bald. nu. 1. & reliqui. Vnde redditur dubia sententia eorum, quos refert, & sequitur Vallasc. cons. 7. nu. vlt. vers. vlt. praecipue iunctis ijs, quae supra tradidi, nu. 21.

31 Haec quando † quis testari compulit; quid si testari prohibuit, iuxta tit. ff. & C. si quis aliquem testari prohibuit. & breuiter resoluendum est, quod si prohibens erat scriptus in ante condito testamento, vel proximior ab intestato (si nullum testamētum praecedebat) vtroque casu ab illo, tanquam ab indigno haereditas per fiscum aufertur; & ita declaratur l. 1. ff. si quis aliquem testari prohib. vbi glos. verbo, fisco, l. 2. C. eodem tit. vbi Bart. tradit Bald. in l. 1. à nu. 11. C. eodem tit. vbi Iaſ. nu. 1. & bene declarat Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 84. in principio. ita etiam declarat Iul. Paul. lib. 5. recept. sent. tit. 12. §. 1. vbi Cuiac. quid si habebat cohaeredes, vel atque proximos successores? colliges ex ijs, quae maturè tradit colendiss. Petr. Caballus, I. c. insignis, & in aula Serenissimi magni Ducis Hetruriae, multis titulis, & nominibus decoratus, & decorandus. in sua centur. 1. resolut. criminal. casu 10. anu. 4. cum praecedentibus.

32 Si autem † prohibens testari, nec erat ante institutus, nec proximior, tunc non praeiudicat ante scripto, vel proximiori ab intestato, cui haereditas defertur, iuxta l. 2. §. fratris, ff. si quis aliquem testari prohib. notant omnes proximè citati. innuit a contrario sensu Ord. Lusitan. d. tit. 84. in princip.

Verum obstat huic vltimo distinctionis mēbro, quod sicut antea diximus, compulso testatore ad instituēdum aliquem tertium ignorantem, ab ipso tertio scripto fiscum auferre haereditatem: ita etiam dicendum videtur, quando prohibetur testari; quasi ille, qui remanet antea scriptus, vel ab intestato veniens, immediatè, & ratione tantum prohibitionis iniquae, & metus illati, haereditatem consequatur indignè, vt eleganter ponit Bald. in d. l. 1. nu. 11. vers. sed contra, C. si quis aliquem testari prohib.

Quae quidem obiectio necessario euincit, vt tunc proximior ab intestato, vel aliàs antea scriptus admittatur, quando vel constabat testatorem illos velle instituere de nouo; vel quando sumus in dubio: nam praesumetur, quod testator iterum vocaret, quem semel dilexit, instituendo: vel aliàs scriberet sibi haeredes ab intestato venientes; ita Bald. d. nu. 11. vers. sed contra.

Si verò constitisset testatorem prohibitum testari, voluisse instituere aliquem tertium, tunc haereditas non maneret in antea scripto, vel in legitimo haerede; immò fiscus auferret. Bald. in d. n. 11. vers. sed contra. Idem intelligo, quando proximior ab intestato, vel antea scriptus voluntatem defuncti non habebat, forsan quod de eo male merebantur, iuxta terminos l. haereditas, C. de his, quibus vt indign. l. cum quidam, ff. eodem tit. quia tunc clarè conijcitur voluisse testatorem testari, vt ante factum testamentum mutaret; vel vt eriperet haereditatem venientibus ab intestato de testatore male meritis; & consequenter indigni manent haereditate defuncti, & fiscus sine du-

bio auferet, vt intendit mens Baldi proxime relati. Ex quibus vtiliter declarabitur Ord. Lusitana, d. tit. 84. in princip. vbi a contrario sensu significabat, hæredem ab intestato, si ipse per se, vel per interpositam personam testari non prohibuit, esse admittendum ad legitimam, prohibiti testari, hæreditatem, videlicet id intelligatur secundum præpositã distinct.

33 Secundum † quod venit etiam declaranda Ord. Lusitana, d. lib. 4. tit. 84. §. 2. ibi: *O que ja tinha feito seu testamento cousa alguma, per quanto o testador tem vontade declarada de o revogar, se se lhe nam impedira, & a herança se applicaram a nossa coroa, quanto deixada a pessoas indignas.* &c. id est, antè factum testamentum nullatenus valebit, si quidem apertè constat testatorem voluisse illud reuocare, nisi impediretur; & hæreditas applicabitur fisco, vt relicta personis indignis, &c. deducitur ex l. si scriptus, ff. de his quib. vt indignis.

Et inprimis aduerte, attenta Ord. Lusitana, testamentum ante factum non esse inualidum ipso iure, com ab scripto hærede hæreditatem auferri iubeat in vtilitatem fisci, in. xta l. 1. C. si quis aliquem testari prohib. testamento autem ipso iure nullo, non residet testamentaria hæreditas in eo, a quo fiscus auferre possit. Et suadet eadem Ord. Lusitana, in §. sequenti, vers. *& o dito testamento*, &c. vbi constituit tale testamentum non prodesse illis, qui dolum, vel metum intulerint; vt ita ostendat testamentum in se validum esse; verum non prodesse doloso, vel metum inferenti, cum ab eo, quidquid relictum est, fisco auferendum sit. & satis insinuat d. l. si scriptus.

Deinde aduerte præfatam Ord. solum loqui in terminis, quibus scriptus antea hæres prohibuit testatori præconditum testamentum mutare volenti, vt patet ex d. §. 6. ibi: *& tendo huma pessoa feito ja seu testamento, o quiser revogar, e os herdeiros instituidos lho impedirem*, &c. id est, & cum quis iam factum testamentum voluerit reuocare, & in eo hæredes scripti prohibuerint, &c. Vnde nihil mirum quod indistinctè iubeat Ord. hæreditatem auferendam.

Si autem vnus testari impediat, & alter sit institutus in priori testamento, qui doli particeps non sit, tunc standum est suprapositis resolutionibus, & in dubio ab antea scripto hæreditas non auferetur, iuxta l. 2. vers. fratris, ff. si quis aliquem testari prohibuer.

Nec obstabit relata verba Ord. ibi: *o que ja tinha feito, não valerá cousa alguma, porquanto o testador tem vontade declarada de o revogar*, &c. vbi volens reddere rationem, ob quam antè conditum testamentum nullatenus valeat, subiungit apertam voluntatem, quã testator habebat illud reuocandi, nisi impediretur; Hæc autem voluntas æquè militat, quando impedimentum opponitur a tertio, qui antea scriptus non erat, ac ab eo, qui scriptus erat: cum Ordin. solum habeat respectum ad reuocationem testamenti ante facti. Nam respondetur: Ordin. loqui in vno, eodemque impediente, & antea scripto hærede: vnde vt in alijs terminis locum habeat, requiritur paritas terminorum, scilicet voluntas clara etiam testamentum hoc reuocare volentis, vt patet ex Ord. ibi: *O quiser revogar, hos herdeiros instituidos lho impedirem*, id est, voluerit reuocare, & in eo hæredes scripti prohibuerint, &c. intelligetur autem reuocare velle, quando certum aliquem instituere malebat; vel antea scripti de testatore male merebantur. Quæ de testamentario hærede diximus, intellige repetita in legitimo hærede.

34 Illud † autem discriminis est inter casum, quo impeditus testator volebat aliquem certum instituere, & casum, quo solum constabat mutare velle testamentum, vel eripere hæreditatem venientibus ab intestato: quod in illo, qui testari prohibuit, tenebitur damnum sarcire aliàs instituendo hæredi, iuxta infra proximè dicenda. In secundo verò casu cessat hæc obligatio resarciendi damnum, solumque tenebitur prohibens pœna extraordinaria, de qua Impp. in l. 1. C. si quis aliquem testari prohib. vbi notant omnes statim a principio, & Clarus, lib. 5. Sententiarum, §. falsum, vers. prohibens aliquem, qua pœna etiam tenetur in priori casu, in vtroque tamen casu fiscus auferet ab hærede scripto, vel legitimo, vt diximus.

35 Quid † autem sarcire debeat læso illi, qui metum fecit, ne defunctus testaretur, cum illum scribere vellet: uel aliàs coegit, vt aliquem tertiũ ignorantem scriberet hæredem, in præiudicium antea scriptorum, vel legitimorum, dubitationis est? & id, quod interest olim veniebat, vt notat glossa, verbo, actionem, per textum ibi, in l. Lucius, 88. §. Sempronia, ff. de legatis 2. vbi notant omnes. Paul. etiam in l. 1. ante fin. C. si quis aliquem testari prohib. vbi Bald. n. 6. & reliqui. notat etiam glossa, verbo, restitui, in Auth. Vt nulli iudicum, §. & hoc peruenit, collat. 9.

36 An autem † hodie teneatur in duplum propter d. Auth. in d. §. & hoc peruenit? disputatur in d. l. 1. C. si quis aliquem testari prohib. & in d. §. Sempronia, vbi Accurtius affirmatiuè respondet, verbo, actionem, sequitur Bart. ibidem. Imola, Fulgoss. in l. 2. C. si quis aliquem testari, Bald. in l. 1. nu. 6. C. eodem tit. Paul. ante fin. Iaf. n. 2. vbi dicit communem, glossa etiam, verbo, leges, in Auth.

Vt cum de appell. cogn. §. caussas, collat. 8.

Contrarium tamen, immò, quod textus in d. §. & hoc peruenit, solum procedat in terminis, de quibus loquitur, scilicet in iudicibus testari prohibentibus, tenuerunt etiam plurimi, in d. §. Sempronia, vbi Petrus, Cynus, Bald. sibi contrarius, Rainerius, & Comensis relati per Ias. d. n. 2. & certe, licet praecedens sit communis, ab eaque in iudicando, & consulendo temerè non sit discedendum, praecipuè cum ita vltima elogia liberius, ac syncerius cõdantur, deterritis prohibentibus grauitate pœnæ, nihilominus tamen, si verum amamus, d. §. & hoc peruenit, procedit tantum in iudicibus, de quibus loquitur, propter specialem rationem, quæ in illis militat; nam testari prohibentes grauius delinquunt, cum inde iniuriæ nascantur, vnde iura nasci debebant, l. meminerint, C. vnde vi.

37 Prædictam † vero glossæ, & Bart. sententiam secuta est Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 84. §. 3. vbi constituit, quod ille, qui metu, aut dolo fecit, ne quis institueretur, vel alicui legaretur; omne lucrum tertio non quæsitum duplare tenetur, iuxta dictũ §. & hoc peruenit, quia in dupli pœnam imponit, vltra ademptionem hæreditatis, quam fiscus aufert, si alias ad impedientem hæreditas vel ex testamento antea facto, vel ab intestato peruenisset.

38 Illud † maximè notandum videtur, quod si prohibens testari, vel similiter præiudicans illato metu, ne quis lucrum aliquod consequatur à testatore relinquendum, nisi impediretur, effectus est non soluendo, aduersus fiscum auferentem ab indigno, in subsidium læso succurretur, vt in terminis tradit Bald. in d. l. 1. nu. 6. C. si quis aliquem testari prohib. quod satis æquum videri debet. & a fortiori procedet, quando prohibens ab initio iam non sit soluendo, ne in potestate scelerati hominis sit, alijs omnino obesse. & ita declarabitur Ord. Lusitan. d. tit. 84. in princip. & §. 2. in fin.

39 Ex quibus † longe repetitis colligitur, ab eo, qui verè indignus est, hoc est, qui secundũ strictum ius capit, & aliqualem voluntatem defuncti pro se habet (quæ errorem excludat) fiscum auferre; siuè indignitas proueniat ex facto proprio, siue ex facto alieno; cum iustum sit illum non debere retinere relictum; dummodo indignitas non respiciat aliquem tertium, cui tunc competit condictio ex l. penult. C. de legatis.

40 Nec † consequenter admittenda est Bart. distinctio in l. si pater, nu. 1. C. de hæredibus instit. & in l. aufertur. ff. de iure fisci, vbi dicit, quod quando quis est indignus facto, & delicto alterius, fiscus non aufert, sed venientes ab intestato; quam Bart. sententiam sequentur plurimi, quos supra retulimus: Nam verius est, quod data indignitate respectu defuncti, siue sit facto proprio, siue alieno, semper fiscus aufert.

41 Propterea † autem in specie d. l. si pater, (quando scilicet instituitur filius suppositus, ac si verè filius esset) venientes ab intestato, & non fiscus, admittuntur: quia non tam agitur de indigno, qui cepit, quam de eo, qui non accepisse creditur, detecto errore testatoris. Confirmat l. quoties, 9. in princip. ff. de hæred. instit. ibi: *Placet, neque eum hæredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur*, &c. & ibi notat glossa, verbo, frater, l. neque professio, C. de testamentis. sentit glos. verbo, declaratis, in fine, in d. l. aufertur, ff. de iure fisci. Et hanc interpretationem tradit Paul. Castr. in d. l. si pater, dum inquit, institutionem ibidẽ haberi pro non facta, & consequenter hæreditatem pro illa parte vacare. Sequitur Bald. ibi, nu. 1. vbi eleganter explicat prædictum titulum resolui, & haberi pro non titulo, quo casu fiscus non aufert, l. vnica, §. & cum triplici, C. de caducis tollend. Eandem explicationem tradit Parisius, cons. 11. Cum iste infans, n. 14. volum. 2. & cons. 29. Cato, nu. 13. eodem volumine. Costa in cap. si pater, 1. parte, verbo, vxorem, nu. 16. de testamentis in 6. nouissimè Peregr. cons. 69. nu. 11. vol. 2. vbi præcitatos non refert, quos similiter explicasse constat. Faciuntque de errore in corpore tradit Lusitanus Caldas, in l. si. verbo, sine curatore, nu. 73. post med. C. de in integrum restit. minorum. Atque ita in d. l. si pater, venientes ab intestato admittentur, si quis vt filius, qui filius non erat, in solidum instituatur: si pro parte, admittetur substitutus, vel cohæres.

42 Adeo † autem in d. l. si pater, non consideratur delictum alienum, ad effectum vt veniẽtes ab intestato, vel substitutus, aut cohæres admittantur: vt licet in tali filio obreptitio aliquod proprium delictum inspiceremus, v.g. si se alienæ familiæ ingereret, simulans se esse filium (quia à parte rei in longinquo mortuus erat inscio parente, vel absens) & vti talis institueretur a patre putatiuo, idem resolueremus; scilicet, quod non fiscus, sed prædicti admitterentur: quia comperto errore, potius non institutus, quam indignus apparet, d. l. quoties, in princip. ff. de hæred. instit. & ita non tanquam ab indigno, sed tanquam ab eo, qui sine causa retinet, hæreditas auferetur.

Præfata tamen explicatio, quam hucusque corroborauimus, ad d. l. si pater, (vt id pariter dicam) suspecta redditur, ex verbis quidem textus, ibi: *Auferendam et successionem*, &c. quæ denotant solum fiscum admittendum fuisse,

que

que clarius suadet d. l. aufertur, ff. de iure fisci, ibi: *Aufertur ei, quasi indigno*, &c. vbi vocat indignum, & ab eo auferendam hæreditatem dicit; quod ad vtilitatem fisci intelligi debet, secũdum Rubricam sub qua collocatur, ne aliàs dicamus, d. l. aufertur, esse inibi fugitiuam; & ita tenet Fulgos. in d. l. si pater, quem ibidem sequitur Iason, num. vlt. vers. vlt. vbi tandem cum Fulgosio quiescit.

43 Verum † pro suprapposita explicatione ad d. l. si pater, facit primò l. nec apud, 7. C. eodem tit. de hæred. instit. vbi qui adoptauit sibi fratrem (quem non poterat adoptare ex ratione, quam subiungit glos. ibidem, verbo, frater.) si pater adoptantis putat sibi ex præcedenti adoptione filium agnatum fuisse, eundẽ instituerit, vt adoptatum: portio hæreditatis ad fratrem redit: quia iste non tam indignus illa, quam potius eam non accepisse credendus est, vtpote quia ex nullo, & erroneo titulo acquisiuit.

Nec hoc fundamentum eneruat responsio Fulgosij, & Ias. præcitatis locis, qui distinguũt inter errorem causatum à delicto alterius, & errorem causatum ex ignorantia testatoris: quasi illo casu institutus indignus maneat simpliciter, ac verè, & fiscus tunc auferat, iuxta d. l. aufertur, & d. l. si pater, quas ita explicãt. At in hoc non manet indignus, sed potius annullatur institutio, & vacat portio illa hæredibus scriptis, vel venientibus ab intestato, quando non habuerit substitutum, vel cohęredem.

Non, inquam, euertitur præfatum fundamentum: quia in d. l. nec apud, propterea admittitur frater cohæres, & non fiscus, quia aperto errore apparet non adoptatus, & consequenter non institutus, & sic hæreditas pro non scripta, quo casu fiscus silet, vt notauimus. Hæc eadem ratio viget in terminis d. l. si pater, quia similiter error datur, & per consequens eo detecto, idem iuris resoluendum est; & ita tradit glossa, verbo, adoptata, in l. eam,

44 quam, C. de fideicommissis, vbi † æquiparat coniunctionem naturalem, & ciuilem, ad effectum, vt detecto errore, idem in vtraque iudicetur, quod scilicet sit institutio nulla; nam causa immediata vtrobique est error, & ob eundem titulus resoluitur. Quod igitur talis error procedat à delicto tertij, vel ab ignorantia testatoris, vtpote causa remota, & mediata consideratur, l. 1. ff. de authorit. tutorum.

Immò, error d. l. si pater, fuit facti, vt patet; at in d. l. nec apud, fuit iuris, putabat enim quis, quod in locum fratris adoptio procedere possit: & ita minus iuuandus videbatur filius verus aduersus putatiuum, in d. l. nec apud, quam in d. l. si pater, iuxta l. 1. d. regula, ff. de iuris, & facti ignorantia; non tamen inficior cum Fulgos. & Ias. præcitatis, posse quem ex delicto alterius fieri uerum indignũ, à quo fiscus auferat, ut supra notauimus; sed id tamen intelligimus, quando uerò capit, licet indignè retineat.

Tandem pro suprapposita explicatione ad d. l. si pater, facit, quod in ea ad preces ueri filij Impp. rescripserunt, hęreditatem esse auferendam, ergo in utilitatem, & compendium illius: nam priuati non possunt opponere, nec probare de indignitate, ratione cuius solus fiscus aufert, ut supra probauimus. Et quòd priuatis commodum acquiratur, quando in iudicio recipientur, probat l. vlt. ad finem, ff. de his, quę in testam. delentur; & in terminis de partu supposito probat l. cum suppositi, 10. C. ad legem Corneliam de falsis, iuncta glos. 1. perinde enim est, depellere filium suppositum ab hæreditate legitima, atque à testamẽtaria, argumento l. conficiuntur, 8. ff. de iure codicillorum, constat autem ex d. l. cum suppositi, hæreditatem auferri à filio supposito, qui ab intestato successerat, & non fisco, sed legitimis defuncti hęredibus addici.

45 Qua † sic stabilita explicatione, non obstant quę supra in contrarium adduximus; & in primis d. l. si pater, ibi: *Auferendam*, Et non euincit necessariò hanc ablationem à fisco faciendam: nam priuatis etiam conuenire potest dicta locutio, ut constat ex l. ult. uers. ult. ff. de his, quę in testam. delent. Accedit, quod in d. l. si pater, filius uerus agebat contra suppositum (ut rectè aduertit Ias. ibidem, num. ult.) quam hęres extiterat patri putatiuo: unde ut hæreditas illa, quę comperto errore non data censebatur, siue pro non scripta, ad uerum filium rediret, opus erat, ut à supposito auferretur: & propterea nil mirum, quod textus auferendam dicat, ut uero filio cum effectu competat, & ita, quod à fisco non auferatur, ponit etiam obiter Lusitanus Senator Cabedo, 2. parte, decis. 81. nu. 21.

46 Fortius † adstringit d. l. aufertur, cui respondet glos. 1. ibidem, & in d. l. aufertur, uerbo, auferendam, tunc fiscum admitti auferendo hęreditatem à filio supposito, tanquam ab indigno, quando non supersunt agnati, quibus ab intestato competat hęreditas. & in his terminis rectè collocari sub tit. ff. de iure fisci.

Hunc tamen intelligendi modum damnat Fulgosius, & Ias. qui eundem refert, & sequitur, in d. l. si pater, nu. ult. uers. ult. quasi nimium restringat generalitatem d. l. aufertur, immo, & diuinet. Accedit, quia si in dicta l. aufertur, post legitimos admitteretur fiscus, sequeretur, prędicta bona per fiscum non auferri, tanquam ab indigno; sed potius uacan-

tia:

tia: cum legitimi non aliàs præferantur, nisi quasi ad bona non data, seu vacantia, vt supra notauimus. Adhuc tamen pro glossa dicere possumus, quod solum prætulit agnatos fisco, non vero cognatos: vel post venientes ab intestato adhuc fiscum auferre tanquam ab indigno: quia quando filius suppositus declaratur, qui aliàs institutus erat à patre putatiuo, fiscus tunc à possidente hæreditatem aufert, qua indignus est, quasi ab aliquo vsurpatam.

Ceterum, vt verum agnoscamus (licet præ dicta glossæ interpretatio defendi possit) nihilominus generalis illa decisio restringitur ad casum nimis insolitum, & raro euenturum; quapropter alia excogitanda via est, & forsan primò dici potest, d. l. aufertur, procedere, quando filij veri, vel agnati defuncti nolunt agere de partu supposito: nam cum ratione indignitatis, qua filius suppositius retinet hæ
47 reditatem, fiscus illam † sibi auocare possit, ei agere licebit, ex ratione l. lege Cornelia, la 2. §. 1. ff. ad legem Corneliam de falsis, vbi illis omnibus, ac solis competit accusatio de partu supposito, ad quos res pertinet; & tunc tanquam ab indigno fiscus auferet sufficit enim, quod ille, illiue, ad quos bona primo pertinebant, accusare nequeant, cum illos principaliter res tangat: remotiores vero præcedet fiscus, cum illis victoria prodesse nequeat: nam detecto errore testatoris, & deuocata successione ab intestato, hæreditas deferetur proximioribus, argumento l. 1. & l. posthumus, 6. §. si quis ex his, ff. de inoff. testam. Et ita secundum hunc primum interpretandi modum non manet fugitiua d. l. aufertur, sub tit. de iure fisci: nec etiam raro contingens; quia propter difficultatem probationum in crimine suppositi partus (quod nimis occultum, & seriosa simulatione, ac nube plenum est) successores ab accusando auerterentur: & ita fisco locus manebit, qui quandocunque auferet ab eo, qui iniustè, & indignè retinet. Et hæc interpretatio differt ab ea, quam supra ex glossa retulimus, quod illa non admittat fiscum existentibus agnatis defuncti, hæc verò admittit, etiam existentibus legitimis, dummodo agere recusent.

Vel aliter intellige d. l. aufertur, datis terminis, in quibus filius suppositus ex aliquali voluntate testatoris capiat, licet non libera, ac simplici, quo casu, quamuis detegatur non filius, nihilominus ex quali quali voluntate defuncti capit: quod sufficit, vt se tueatur aduersus legitimos hæredes patris putatiui. v. g. si fingamus, patrem adhuc dum viueret, suspicatum de suppositione partus, & ea suspicione non obstante, suppositum filium instituit: quo casu negandum non est, habere qualem qualem voluntatem patris, etiam quatenus suppositus est; quæ colligitur ex suspicione paterna, & superueniente institutione; qua sic voluntate collecta se tuebitur contra legitimos hæredes patris putatiui: tutum tamen non futurum puto aduersus fiscum, qui indignum hæreditate putabit illum, qui liberam, ac simplicem voluntatem defuncti pro se non habet, iuxta l. hæreditas, C. de his, quibus vt indign. Nec id mirum videri debet, cum fiscus auferat ab eo, qui ob metum ab altero illatum instituitur hæres ignorans, & inculpatus: aduersus quem legitimi hæredes testatoris non admittuntur; quia ille tertius qualem qualem defuncti volútatem, licet coactam habuit, vt supra probauimus.

Hæ interpretationes ad d. l. aufertur, forsan dubiæ videri possunt, sufficiat interim veritatem amplecti, futuris ingenijs aliquid relinquendo, quibus procliuius erit inuentis ad
48 dere. Illud † interim colligitur, quod indignus fit aliquando quis ex facto, & delicto alterius, vt necessariò euincit d. l. aufertur, et iam ex interpretatione glossa ibidem, quæ fiscum, post agnatos, admittit, auferentem tanquam ab indigno; Quę addenda sunt peritissimo Peregrino, in d. conf. 69. num. 11. vol. 2. vbi propositam quæstionem discussit, & hanc difficultatem ex d. l. aufertur, reticuit, (alijs forsan distractus) qua si nos liberasset, non mediocre beneficium contulisset.

Constat igitur ab indigno, siue ex delicto proprio, siue alieno, fiscum dumtaxat auferre: nisi indignitas respiciat aliquem certum, vel resoluatur titulus indignè accipientis, vt supra comprobauimus.

49 Vnde † uenit refellendus Senator Palatinus Georgius Cabedo, Lusitanus, decis. 81. n. 21. tomo 2. vbi securè resoluit, ab indigno absque suo delicto, fiscum non auferre, sed venientes ab intestato, id enim iã supra improbauimus.

50 Ex quibus † generaliter accipienda est Ord. Lusitana, lib. 2. tit. 26. §. 19 vbi inter iura regalia connumerat ius auferendi ab indignis (notat Cabeda, d. 2. tomo decis. 58.) vt scilicet intelligatur, data vera indignitate, siue facto proprio, siue alieno, indistinctè fiscum ablaturum. Dum autem eadem Ord. excipit casus, in quibus à iure permittitur indignis aliquid retineri, potest exemplificari in terminis l. 2. vers. per contrarium, ff. de his, quibus, vt indignis, & l. vlt. ff. de legatis 1. & l. præfectus, ff. de ritu nuptiarum, in quibus da batur indignitas ex parte mulierum contra ius matrimonium contrahentium, & nihilominus speciali ratione eis permittitur retentio relictorum à maritis, ex ratione quam tradit Eman. à Costa,

sta, in cap. si pater, 1. parte, verbo, vxorem, n. 8. de testamentis in 6. Quod etiam in iisdem terminis procedere potest in donatis, vel quolibet actu inter viuos à marito datis: quidquid dicat Costa, vbi proxime, n. 9. nam ratio prædictorum iurium æque militat in relictis ex testamento mariti, atque in donatis. Nec officit differentiæ ratio quam Costa excogitauit d. n. 9. inferius enim ei satisfaciemus.

51 Illud † notandum putaui, hic non agi de iis, qui post adeptam hæreditatem, vel relictum, ex aliquo delicto, vel causa non respiciente defunctum, bonorum iacturam patiuntur, veluti deportatione, vel qualibet alia condemnatione: nam hoc, non ad titulum de iis, quæ ab indignis auferuntur; sed ad titulum, de bonis damnatorum pertinet, quidquid vtrumque permisceat doctissimus Peregrin. d. cons. 69. n. 9. vol. 2. & differentiam innuit etiam Ord. Lusitana, d. lib. 2. tit. 26. a §. 28. cum sequentibus, iuncto §. 19. & tit. 32. §. 2. dum distinguit confiscationes ratione indignitatis, ab aliis, quæ ex delictis nascuntur.

52 Hinc † cautè legendus est doctissimus Hispanus Molina, de primogeniis, lib. 1. cap. 9. n. 27. dum resoluens in numeris præcedentibus fiscum capere ab indigno, subiicit declarationem, ne id procedat, quando indignitas reddit successorem incapacem, cum venientes ab intestato tunc succedant, idque confirmat argumento l. 1. C. de hæredibus instit.

Nam si hæc indignitas (quam ita vocat) superuenit, fiscus sine dubio aufert in confiscatione ceterorum bonorum, vt tradit Peregr. d. conf. 69. n. 9. non tamen tamquam ab indigno, sed à damnato, cuius bona confiscatur.

Si verò intelligit, tempore institutionis iam existere indignitatem, quæ reddit incapacem, frustra, & ineptè excipit à regula, quam proposuerat, quod ab indigno fiscus aufert, cum iste nequaquam dicendus sit indignus, sed potius incapax: indignus enim capit, sed non retinet; at incapax mortuus reputatur, vt supra notauimus; quo casu procedit d. l. 1. C. de hæred. instit. Alex. cons. 26. n. 1. lib. 1. Iul. Clarus, §. testamentum, quæst. 22. vers. si autem, Peregr. d. conf. 69. nu. 9. vol. 2. Vnde non excusabitur Molina saltem ab indigna tanto viro locutione, & multis captiosa.

53 Quibus † præmissis, ad cognitionem veræ indignitatis, ob quam fiscus aufert, pergendū. Constat in specie nostræ l. vxori maritus, mulierem (de qua ibi) fuisse indignam, & fiscum locum habere, vt tradit Bart. ibidem, & alii, quos initio retulimus, per quos est communis sententia; quod insuper comprobo à partium enumeratione: nam vel illicitum contrahens matrimonium non damnatur a iure, vt aliquando contingit, ob peculiares rationes, quæ mulierem excusant, & tunc nequaquam ab ea aufertur quod eidem relictum est, l. 2. vers. per contrariū, ff. de his quibus vt indign. l. vlt. ff. de legatis primo, l. præfectus, ff. de ritu nuptiarum. Vel illicitè contrahens ob id damnatur, & ab ea per fiscum aufertur, quidquid ei relictum, vel donatum est à marito, l. cum hic status, §. vlt. ff. de donat. inter virum, & vxor. l. 4. C. de incestis, & inutilibus nuptiis, l. Claudius Seleucus, ff. de his quibus, vt indign. Cum igitur in nostra l. vxori maritus, mulier non retineat sibi relictum, sequitur indignam esse, & regulariter fisco locum fore. Nec enim medium sic considerandum est, vt alias opinabatur Eman. a Costa, quem in initio retulimus, & refellimus.

54 Deinde † à muliere indigna æqualiter aufertur, quod in testamento relictū est, ac quod inter viuos datum, vt ostendit d. l. 4. ibi: *Siue deinceps quoquo modo datum fuerit*, &c. nec enim inter vtrumque casum aliqua potest assignari differentiæ ratio, vt generaliter sentit Costa, in cap. si pater, 1. parte, verbo, vxorem, n. 6. ad finem, & n. 9. vers. ergo, quidquid perperam distinguat glossa, verbo, fisco, in d. l. 4.

55 Illud † autem, quod dicit Costa in d. n. 9. vers. ergo, esse speciale in d. l. 2. vers. per contrarium, & in d. l. vlt. & d. l. præfectus, vt vxor ex testamento tantum viri capiat, non inter viuos, in specie præfatorum iurium, meo iudicio falsum est: nam licet prædictæ leges, vltimi elogii, non verò contractus meminerint, in iisdem tamen, vel mentio, & exemplum testamenti casu contigit, vel in fortioribus terminis loquuntur: nam in iure difficilius actus viuentium permittuntur, quam morientium; vt patet in donationibus inter virum, & vxorem, quæ inter viuos nullæ sunt, l. 1. & per tot, ff. de donationibus inter virum, & vxor. at validæ sunt causa mortis, l. si eum, 9. vers. vlt. cum seqq. ff. eodem tit. patet etiā in deportato, qui inter viuos capit, non ex testamento, l. sunt quidam, 17. ff. de pœnis, iuncta l. 1. C. de hæred. instit. Nec differentiæ ratio, quam Costa inculcat d. n. 9. aliquid cuin cit, inquit enim, quod relictum valet, quia ab vnius tantum voluntate pendet, & post mortem, & tempus soluti matrimonii confertur: donatum verò non valeat, quia procedet à voluntate vtriusque, & simul videtur datum, & acceptum pro conseruatione illiciti matrimonii, in quo adhuc persistebant: nam si acceptio ex parte vxoris, persistentiam illiciti matrimonii importabat, & ob id improbatur donatum, à fortiori, relictum in testamento improbari debebat: quia mulier spe adquirendi magis

gis continebitur in illicito matrimonio, quam lucro irreuocabiliter quæsito, cum si statim diuertere velit, hoc secum portet, nec gratitudo accepti in illis tantum operatur, quantum spes accipiendi.

56 Constat † igitur ex dictis, in terminis, in quibus mulier illicitè nubens priuari debet, fiscum regulariter auferre ab ea tamquam ab indigna, d. l. cum hic status, §. vlt. d. l. 4. d. l. Claudius Seleucus. Ab hac tamen regula subducitur vsusfructus, vt scilicet, quando aufertur aliquid ab indigno, vsusfructus non veniat in confiscationem, cum reliquis bonis, sed potius statim reuertitur ad proprietarios.

57 Quod † vt manifestum fiat præsuppone, ad effectum, vt ab aliquo tamquam ab indigno aliquid auferatur, prærequiri sententiam, vt notant glossa, Bart. & reliqui, in l. 1. C. de his, quibus vt indign. & satis ostendit l. 1. C. vbi causæ fiscales, ex pluribus tradit Peregr. conf. 26. n. 3. volum. 1. Qua sententia præhabita, ille, qui indignus pronunciatur, priuatur iure, quod habet, licet possessionem interim retineat, quod etiam in quasi possessione rerum incorporalium locum habet, & necessaria est iudicis authoritas, vt possessio, vel quasi possessio auferatur, l. qui restituere, ff. de rei vendicat. vbi Angel. col. 2. Innoc. in cap. cum nostris, col. 3. extra de concessione præbendæ. Sequitur plura adducens Peregr. conf. 24. n. 19. volum. 1.

58 Cum igitur † priuari indignus, iure quod habet, & postea sequi debeat ablatio, vt bona ad fiscum deuoluantur, rectè infertur, vsumfructum in tali ablatione non venire, quia vbi primum indignus priuatur, actutum vsusfructus abstractus consolidatur cum proprietate; seu potius impedimentum, quod proprietario inerat, ne vteretur, frueretur, tollitur, & manet plena proprietas. Vnde, quando fiscus procedit ad actualem ablationem, quæ requiritur, iam non inuenit vsumfructum, qui sine persona non consistit, l. vsusfructus, 26. ff. de stipulat. seruorum, & ita per medium inhabile non fit transitius de indigno ad fiscum, iuxta regulam l. ttia prædia, in fine, ff. de seruitutibus rusticorum præd.

59 Vel etiam † ex alia ratione vsusfructus non transit ad fiscum: quia quando ab vna persona omnino eradicatur, (vt contingit in terminis, in quibus quis priuatur tanquam indignus, quo casu omne ius ex nunc resoluitur, ac si datum non esset, ita vt à mutatione, vel morte ipsius indigni iam non pendat vsusfructus extinctio) in aliam non transfertur, nisi specialiter constitutum sit, vt euenit in l. vlt. C. de vsufructu, quod fisco concessum non apparet: immò, si transiret ad fiscum, inutilis maneret proprietas perpetuo abscedente vsufructu, contra §. 1. Inst. de vsufructu; nec enim est lex aliqua, quę in fisco ratione indignitatis auferente, terminum aliquem vtendi, fruendi, designet; sicut in vsufructu municipibus dato in l. an vsusfructus, ff. de vsufructu. Insuper si centum anni assignarentur, sicut in municipibus, id iniquum esset, & in præiudicium proprietariorum.

60 Accedit, † quod in tit. ff. & C. de his, quibus, vt indign. nequaquam fit mentio ablationis vsusfructus, quo mihi fit probabilius, esse speciale in vsufructu, ne ab indigno auferatur in vtilitatem fisci.

61 Nec † obstat l. si postulauit, §. iubet lex, ff. ad legem Iuliam de adulterijs, vbi vsusfructus seruorum publicatur. Quia respondetur, ibi publicari vsumfructum recta uia, & in fauorem vsufructuarij, quia serui quæstionibus suppositi nimis deteriorati manebant, vt ibidem explicat glossa, verbo, publicos, & ita potius illud venditio, siue alienatio vsusfructus, quam confiscatio dicenda est.

62 Non † obstat l. Statius, §. Cornelio Felici, ff. de iure fisci, vbi ad vitam damnati fiscus bona auferendo retinet, quæ alijs sunt competitura; ergo idem videbatur dicendū in vsufructu; nam primo respondetur, nos hic non agere de confiscatione damnatorum, vt supra notauimus, sed potius de ablatione ab indigno, quæ mitior est confiscatio, & cum minori hæredum, & indignorum præiudicio, vt constat ex l. ex facto, §. vlt. ff. de vulgari, & forsan etiam inter bona damnatorum vsusfructus confiscandus non veniret, vt colligitur ex l. si quis, 7. C. de bonis proscriptorum, vbi enumerans bonorum species, & demonstrationes eorum, vsusfructus non meminit, quod de plano procedat, quando damnatus patitur maximā, vel mediā capitis diminut. §. finitur Inst. de vsufructu. Vnde secundo respondebis, d. §. Cornelio Felici, procedere respectu proprietatis bonorum, de loquitur, non vero vsusfructus.

63 Quamuis autem vsusfructus ab indigno non auferatur, hoc intellige, in vsufructu constituto in persona indigni, non vero in debito: nam ad vsumfructum debitum, puto fiscum esse admittendum: tum, quia nondum constitutus non perit, lege 1. ff. quibus modis vsusfructus amitt. tum etiam, quia actiones indigni fisco competunt, l. eiusqui, §. cum qui falsum, ff. de iure fisci, l. 1. in fine principij, ff. si quis aliquem testari prohibuerit; & si fuerit vsusfructus debitus in rebus soli, æstimatio dumtaxat præstabitur, forsan secundum computationē textus in l. computationi, 68. ff. ad legem Falcidiam, ne perpetuus maneat vsusfructus in fisco, hoc non intelligas in damnato, cuius bona auferuntur, qui maximam, vel mediam,

capitis

capitis diminutionem patitur; quia iam non habet personam capacem, l. 1. C. de hæred. instit. respectu cuius fiscus petere possit.

64 Ex † quibus iam infertur, intellectus ad nostram l. vxori maritus, vt propterea ibidem vsusfructus repetatur ab hæredibus uiri, quia scilicet id specialiter est constitutum in vsufructu, ne ab indigno auferatur in vtilitatem fisci, sed potius proprietarij. Quod vt apertius constet, attende I. consultum proposuisse quæstionem generaliter de dote, de vsufructu, & alijs legatis. Deinde interrogatus, quid faciendum esset, de ijs, quæ mulier illa indigna (indignam fuisse supponit textus) possidebat: respondet, quod fructus nomine percepisset, repeti posse, hoc est, id repeti, quod titulo vsusfructus retro possedit: tantundem enim sonat fructus, atque vsusfructus, l. per seruum, 14. §. 1. ff. de vsu, & habitat. l. penult. ff. de vsu & vsufr. leg. notat patruus meus Arius Pinellus, in l. 1. C. de bonis matern. 2. parte, n. 11. Quę quidem repetitio facienda est ab ijs, qui concesserant; hæredes enim vsumfructum constituerant, vt patet ex textu, ibi: *Hæredes vsumfructum ei concesserunt*, &c. ergo repetitio ad illos referri debet. Alioquin nisi specialiter loqueretur in vsufructu repetendo ab hæredibus tantum viri, manca maneret, ac lacerata decisio: nam cum mulier illa sit indigna, & fiscus auferat ab indignis; cur solum vsumfructum fiscus abstulit, non etiam cetera, & interusurium dotis prælegatæ, argumento l. 1. §. idem quærit, aliàs l. 2. §. idem quærit, ff. de dote prælegata, iuncta l. 2. §. vlt. ff. si quis aliquem testari prohib. Quapropter necessariò dicendum est, vsumfructum ex speciali ratione ab hæredibus mariti repeti; at cetera per fiscum auferenda fore, tamquam ab indigna; quod vt certissimum supposuit I. consultissimus, & subtilissimus Scęuola, & solum expressit casum de vsufructu, quia respondebat hæredibus mariti defuncti, qui omnia ab illa iniusta vxore repetere volebant; eisque denegauit aliorum repetionē vltra vsumfructū: nam cetera fisco adiudicāda erant, ex titulo, de his, quib. vt indignis.

Ex quo intellectu Primo infertur, speciale esse in vsufructu, ne auferatur ab indigno, sed potius consolidetur cum proprietate.

65 Secundo † infertur, hoc procedere tantum in vsufructu constituto, vt patet ex nostra l. vxori, ibi: *hæredes vsumfructum ei concesserunt*, non dum constitutus fisco competit: uerum hæredes non cogentur constituere, sed æstimationem præstare, ut supra notauimus.

66 Tertio † infertur, à muliere indigna propter illicitum matrimonium, iuxta terminos nostri textus, etiam fiscum auferre quæ in testamento relicta sunt, vt petebat communis interpretatio, contra glossæ, & Costæ sententiam; quam in initio retulimus; quod tamen nos intelligimus excepto usufructu.

67 Quarto infertur, repetitionem, cuius fit mentio in d. l. vxori maritus, non esse respectu iuris vtendi, fruendi, quod statim consolidatur cum proprietate, vt supra ostendimus: sed respectu quasi possessionis, quæ pro vsufructu competit, l. ait prætor, §. item ei, ibi: *vel vsusfructus quasi possessionem*, ff. ex quibus causis maiores; siue hæc quasi possessio sit adhuc apud vxorem, vel personas sibi subiectas, siue iam apud fiscum.

68 Quinto † infertur, quod idem dicendum est, quando vsusfructus alienus est, & non hæredum mariti testantis: nam etiam in hoc casu vsusfructus ad proprietarios remeabit, illisque competet repetitio ad dictam quasi possessionem auocandam; & ob id textus noster non expressit personas repetentium, cum exprimat personas concedentium hæredum, quasi innuat, vsumfructum in prædicta specie ad proprietarios pertinere, siue sint hæredes, siue extranei, respectu testatoris.

69 Sexto † infertur ad eam quæstionem, quæ sæpe contingere potest, an scilicet mater, quæ ex priori matrimonio filios sustulit, & ad secunda vota conuolauit, si aliquid de substantia emortui mariti proueniens per legitimam successionem acquisiuit ab vno ex filijs prioris matrimonij, respectu cuius indigna postea pronuncietur, fiscus ab ea auferre debeat vsūfructum prædictorum bonorum; an vero consolidandus cum proprietate, quam reliqui liberi prioris matrimonij sēper retro habuere?

70 Nam † verius esse putamus, in prædictis terminis matrem solum vsumfructum habere in filij defuncti bonis, quæ a paterna substantia prouenere, vt probat apertè Auth. De nuptijs, §. hinc nos, vers. sed quanta quidem collat. 4. glossa, verbo, possess. in l. feminæ, §. illud, C. de secundis nuptijs, Bart. in l. feminæ, & passim alibi; & est receptior sententia, ex pluribus; quos refert, & sequitur Peregr. cons. 78. n. 4. vol. 1. vbi refert, & reprobat eos, qui in ijsdē terminis tenuerūt matrē esse proprietariā cū onere reseruationis; quorum sententiā etiam reprobauit Ord. Lusit. lib. 4. tit. 91. §. 2. vbi fructuariam tantum esse statuitur.

71 Potest † autem secundo nubens indigna effici ex eo, quod negligentia, aut culpa sua filius perijt, vt probat textus elegans in l. 3. ff. de his, quibus vt indign. ibi: *Aut per negligentiam, & culpam suam, mulier, à qua hæres institutus est, moreretur*, &c. Culpa autem consideratur in negligendo filio ægroto, vel non adhibendo medicum, vel minus idoneum, latè comprobat Caldas, Lusitanus, in l. si curatorem,

rem, verbo, fua facilitate, nu. 21. C. de in integrum restit. minor. Lusitanus item Barb. in l. si ab hostibus, §. vlt. n. 33. ff. soluto matrimonio. Lusitanus tandem Cabedo, 2. tomo decis. 58. nu. 8. Vel, quod mortem filij suspecto decedentis vlta non est, vt in terminis inquit l. portiones quoque, ff. de his quibus vt indignis.

72 Cum † igitur mater sit indigna, & priuari debeat omnibus, quæ à filio per legitimam successionem acquisiuit, sequitur ex supradictis, quod in ijs, quę de paterna substantia filius mortuus reliquerat, quorum mater fructuaria tantum esse poterat, remanebunt defuncti frater vel fratres ex priori matrimonio pleno iure dominij, vtpote consolidato vsufru ctu cum proprietate, quam antea nudam habuerant: in ijs vero, quę filius mortuus aliun de quæsiuerat (in quibus mater pleno iure suc cesserat, iuxta Auth. de non eligendo secundo nubentes, §. cum igitur, collat. 1. notat glos. verbo, si autem, in d. Auth. de Nuptijs, §. hinc nos, vers. si autem, collat. 4. vbi notant Bart. & alij, quos refert, & sequitur Peregr. d. cons. 78. nu. 1. volum. 1.) fiscus auferet tanquam ab indigna; & vtrumque probatur ex l. vxori maritus, ff. de vsu, & vsufr. legato, vt supra latissimè explicauimus. vbi vsusfructus extinctus propter indignitatem non transit ad fiscum, sed ad hęredes, qui concesserant, & proprietatem obtinebant; at vero reliqua, quę pleno iure dominij ab indigna possidebantur, fisco vendicantur, quod notabis ad illam Ord. Lusitanam, d. lib. 4. tit. 91. §. 2. vt iam ad ipsam in terminis propositis consului.

Tandem propositam interpretationem deriuabis ad quoslibet casus, in quibus quis vt indignus priuandus est, nam tunc vsusfructus reuertetur ad nudos proprietarios potius, quam ad fiscum.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu l. quod de bonis, 15. §. quod auus, ff. ad legem Falcid. à num. 1. cum sequentibus.

A bonis hæreditarijs æs alienum ante deducitur numero 2.

Falcidia quando possit debito hæredis compensari. num. 3.

Ex onere iniuncto de restituendo bona hæreditaria, & propria, colligitur testatorem velle soluere, quod hæredi debet. ibidem. ad finem.

Tollitur quædam contradictio in nostro §. quod auus, vers. planè, num. 4.

Explicatur latè d. vers. planè. à nu. 5.

Debitum hæredi non impedit detractionem Quartæ, & ita vtrumque deducatur. ibidem.

An fructus indicio testatoris percepti in æs alienum hæredi imputentur? à nu. 6.

Sententia, quæ imputari dicit, refertur, & reprobatur. ibidem. cum nn. seqq.

Æs alienum regulariter à corporibus hæreditarijs deducitur. à nu. 7.

Fructus post aditam hęreditatem percepti in dubio cedunt lucro hæredis, & solum in Trebellianicam imputantur, & superexcrescentes manent penes hęredes. ibidem.

Cur in d. vers. planè, fructus debito compensentur. num. 9.

In concursu æris alieni, & Quartę, pręfertur ęs alienum in deductione. ibidem.

Fructus post mortem testatoris percepti, non imputantur in Falcidiam, quę de legatis, & fideicommissis particularibus deducitur. nu. 10.

Hæreditas quando aditur à creditore hærede instituto, censetur fictione iuris illi soluere, & diminuta ad illum peruenire. nu. 11.

An, & quando, & quatenus rogatus hæres de restituendis hæreditarijs, & proprijs bonis, ad propria quoque teneatur. nu. 12.

De fideicommisso vniuersali Trebellianica deducitur. nu. 13.

In Trebellianicam fructus percepti indicio testatoris imputantur, & cur, in d. vers. planè, deductio fiat ex bonis. ibidem.

Adhuc hodie in vers. planè, Trebellianica deducetur ex fructibus tantum, si termini habilitentur. num. 14.

L. iubemus, C. ad S. c. Trebell. dum ab imputatione Trebellianicæ fructus excipit, procedit tantum in liberis primi gradus. ibidem. & nu. 20.

Explicatur l. mulier, 22. §. cum proponeretur, ff. ad S. c. Trebell. à nu. 15.

Dos promissa à patre, est loco æris alieni, & à corporibus hęreditarijs post mortem patris deducitur ab eadem filia hærede, & rogata restituere. num. 16.

Dos quæ post mortem patris à iudice constituitur, si ex fructibus potest deduci, ex illis satisfit, non vero ex bonis, quæ filia rogata est restituere. num. 17.

Quod intellige, si tempore dotis constitutæ, iam fructus iudicio testatoris percepti æquiualent doti, aliàs quod deest, statim decedit ab hæreditate, non spectatis fructibus percipiendis. ibidem.

Qui filiæ innuptæ & nubili apponit conditionem, si sine liberis, intelligit, supponendo legitimum matrimonium, & dotem congruam. nu. 18.

Ante matrimonium non oritur, vel saltem non certificabitur obligato paterna de dote danda, nisi pater promittat, vel iudex assignet. numero 19.

An in d. l. mulier, §. cum proponeretur, possit etiam quarta deduci vltra dotem. nu. 20.

H CA-

CAPVT VII.

Ad Papinianum lib. 13. Respons. in l. quod de bonis, 13. §. quod auus, ff. ad legem Falcidiam.

1 
Ita scribit. † *Quod auus ex causa tutelæ nepoti debuit, cum auo nepos solus hæres extitisset: ratio Falcidiæ si poneretur, in ære alieno bonis deducendum respondi: nec ad rem pertinere, quod hæredem auus, idemque tutor rogauerat, vt si sine liberis ante certam ætatem decederet tam hæreditaria, quam propria bona restitueret. non enim ex hoc hæreditatem debito compensatam videri: cum vel ideo maximè declaretur non esse compensationem factam, quoniam hæredem suum habere propria bona defunctus ostendit. Planè si conditio fideicommissi fuerit impleta, fructus hæreditatis post mortem aui percepti, pari pecunia debito tutelæ compensabuntur. Sed Quartam hæres nepotis de bonis dumtaxat, quæ moriens auus reliquit, retinebit.* Difficilis est huius textus intellectus, litera difficilior. Speciem in primis indagemus, & quæstionem. Auus testator instituit nepotem solum; & partim ab eo legauit, partim per fideicommissum vniuersale reliquit, sub conditione, si nepos ante certam ætatem sine liberis decederet: adijciens, vt tunc non solum bona hæreditaria, sed etiam propria nepos restitueret. Auus tenebatur nepoti actio ne tutelæ in certam summam. Quæritur, an istud æs alienum debeat præcipuum deduci a nepote, an verò imputari in Falcidiam respectu legatariorum: & Trebellianicam respectu fideicommissarij vniuersalis; ne alterutri duplici onere deductionis grauentur, & æris alieni, & Quartæ.

2 Et in primis, quod † attinet ad legatarios, respondit Papin. non esse computandum in Falcidiam dictum æs alienum; immo prius deducendū fore ex bonis testatoris, vt patet ibi: *Ratio Falcidiæ si poneretur, in ære alieno bonis deducendum respondi*, &c. consentiunt l. in imponenda, 6. l. irritum, in fine, 8. C. eodem tit. & vtrobique ordinarij interpretes.

Replicabant legatarij ex coniecturata voluntate testantis contribuendis debitum cum Falcidia, quod facere poterat, iuxta leg. si debitor, 12. ff. eodem titulo coniecturam autem deducebant ex eo, quod auus nepotem rogauerat, vt si ante certam ætatem sine liberis decederet, tam bona hæreditaria, quam propria restitueret; in quo significare videtur, vt quanto plus restitui possit, restituatur; & consequenter velle, vt quando minus deduci possit ex hæreditate, deducatur; constat autem, quod si simul æs alienum, & Falcidia deducatur, maximum, quod potest, deducitur; ergo alterutrum tantum videtur deducendum, quod fit admissa compensatione: & hanc legatariorum replicationem tacite ponit textus ibi: *Quod hæredem auus, idemque testator rogauerat*, &c.

3 Contrarium † tamen respondetur, immò, quod vtrumq; deduci debeat: nam ad inducendam compensationem, opus erat expressa dispositione testatoris, vt patet in d. l. si debitor, & ex ijs, quæ latè tradit Eman. à Costa Lusit. l. c. in cap. si pater, 2. parte, verbo, Trebellianicæ, n. 11. Ratio est: quia in tali compensatione aliqualiter frangitur legis dispositio, quæ Falcidiam attento iure antiquo illæsam, & illibatam seruari iubet, iuxta d. l. quod de bonis, in princip. & in §. 1. quibus subiungitur noster §. quod auus, & specialiter concessum est, vt illo tantum casu cessaret, quo expressè testator debitum in Falcidiam, vel è contra conuerteret; idque ex ratione, quam tradit Barbosa Lusit. in l. 1. ff. soluto matrim. 4. parte, n. 21. quæ tamen mihi suspecta est, ex infra dicendis. Vnde etiam apparet, cur d. l. si debitor, inquit, quod voluntas testatoris compensantis debitum cum Falcidia; non seruatur ipso iure, sed ope exceptionis doli mali, quasi de rigore iuris aliud suaderetur, & ex d. l. quod de bonis. Hæc autem expressa testatoris voluntas deficiebat in præsenti, vt patet ibi: *Non enim ex hoc hæreditatem debito compensatam videri*, &c. vbi Papin. ingeniosè retorquet fundamentum legatariorum, dum inquit, quod immò ex fideicommisso de bonis hæreditarijs, & proprijs iniuncto colligitur auum voluisse potius, vt bona sua penes nepotem manerent; ac per consequens noluisse à fortiori adimere propria ipsius nepotis, vel ipsi debita, cum illi, cui do, adimere non præsumar; Vel intellige interpretando cum glossa hic, verbo, propria, in 2. solutione, ut dum in præfato fideicommisso auus hæreditaria, & propria nepotis bona in restitutionem venire iussit; satis ostendit nepotem hæredem habere propria bona, ergo potius conseruat bona nepoti, quam adimit; & consequenter cessat expressa voluntas, quæ ad compensationem æris alieni cum Falcidia necessaria erat.

4 Ceterum † huic resolutioni obstat, quod prædeducto ære alieno, legata exhauriebant hæreditatem, vel saltem excedebāt dodrantem

(quo

(quo casu locum habet Falcidia) & tamen textus noster in verſ. plane, ſupponit fideicommiſſum de reſtitutione hæreditatis poſt mortem nepotis, ſuſtineri: cui tamen locus apertus non videtur, interim dum legata plenè non præſtantur,& ob id Anton. Goueanus hic, ad finem, dicit hoc eſſe incompatibile, & ideo de duobus caſibus agere Papinianum hic. Quod tamen falſum apparet ex litera, vbi in eodem caſu propoſito Papin. loquitur, dum incipit agere de viribus fideicommiſſi, quod nepoti iniunxerat, ſub conditione, ſi ſine liberis deceſſiſſet:& validum eſſe ſupponit,quamuis legata hæreditatem defuncti exhauſiſſent, vt ſupra oſtendimus.

Prædicta tamen difficultate non obſtante, debet ſuſtineri Papiniani reſponſum, ſupponendo ſcilicet terminos habiles, v. g. quod teſtator non reliquit fideicommiſſum poſt exolutionem legatorum, ſed potius ſeparauit certam partem hæreditatis ad implementum fideicommiſſi, & de reliqua legauit; & cum contrarium non conſtet ex litera, prædicta ſeparatio ſupponenda eſt; nam verba illa: *Tam hæreditaria*, &c. non reſpiciunt omnia, quæ a teſtatore profecta ſunt, ſed potius illa, quæ ſeparata erant ad fideicommiſſi implementum, quæ certam hæreditatis partem continebant, veluti ſemiſſem, & ita legata, & fideicommiſſum excedebant hæreditatem; vnde nihil mirum, quod legatarij contribuant ad Falcidiam præſtita ab hærede cautione de tantumdem reddendo, ſi fideicommiſſi conditio deficeret, vel è contra hæres ſolidum præſtaret legatarijs, ab ijs eadem cautione recepta, iuxta l. 1. §. cum dicitur, verſiculo vltimo, ff. ſi cui plus quam per leg. Falcidiam.

5 Succedit † iam ſecunda quæſtio, in qua Papinianus ingenij ſui acumen, ac iudicij maturitatem demonſtrat, in verſ. planè, perquirens, an æs alienum hæredis æquè officiat fideicommiſſario, ſicut obſiſt legatarijs? & quod attinet ad deductionem Trebellianicæ; quemadmodum æs alienum non impedijt Falcidiam, iuxta principium huius §. quod auus, ita non impediret Trebellianicam, vt probatur hic in vltimis verbis, ibi: *Sed quartam retinebit*, & illud hinc deducetur, quod debitum hæredi non impedit detractionem Trebellianicæ.

6 Quod verò † attinet ad fructus interim ex hæreditate fideicommiſſo ſubiecta perceptos, reſpondit I. c. in concurrentem quantitatem debito tutelę compenſari.

Quam reſolutionem putat inſignis Barboſa in dicta lege prima, ff. ſoluto matrimonio, quarta parte, num. 22. de plano procedere: quaſi regulare ſit, quod fructus percepti iudicio teſtatoris debeant computari in æs alienum,& ante Barboſam.tenuit Bart. & reliqui hic. Rationem aſſignat Barboſa, quia cum illud debitum ſit confuſum mero iure, in illud fructus facilè imputantur, cum prædicta æris alieni deductio iure ſpeciali permittitur,ex lege irritum,l.ff. in imponenda, C. adlegem Falcidiam. Et ſecundum hunc intelligendi modum explicat l. mulier, 22. §. cum proponeretur, ff. ad S. conſultum Trebellianicam quateuus ibi debitum exigendæ dotis cum fructibus compenſatur.

7 Hæc tamen † doctrina ſuſpecta mihi eſt, ſeu potius falſa. Etenim verius eſt,æs alienum deduci ab hæreditate reſtituenda: fructus vero poſt aditam hæreditatem perceptos cedere iuri hæredis, & de illis tantum in dubio Trebellianicam deduci, ita vt ſuperexcreſcentes cedant pleno iuri hæredis, probat eleganter Vlpianus, in l. in fideicommiſſaria, 18. ff. ad S. conſultum Trebellianum ibi: *In fideicommiſſaria hæreditatis reſtitutione conſtat non venire fructus*, &c. Rationem ſubiungit ibi: *Fructus autem non hæreditati, ſed ipſis rebus accepto feruntur*,&c. quorum,per aditionem hæres factus eſt dominus, l. cum hæredes, ff. de acquirenda poſſeſſ. Quod autem in Trebellianicam imputentur, patet ex eodem textu, ibi; *Planè fructus in quartam imputantur, ut eſt reſcriptum*, &c. l. mulier, 21. §. ſi hæres, verſiculo alia cauſa, ff. ad S. conſultum Trebellian. ex quibus apparet, quod in dubio fructus poſt mortem teſtatoris, ex ipſius iudicis præcepti cedunt lucro hæredis, & ſaltem in quartam imputantur. At æs alienum ab ipſis rebus hæreditarijs deduci ſolet, & debet, & non à fructibus.

8 Quod amplius † concludo ab inani effectu: nam ſi fructus percepti iudicio teſtatoris compenſarentur debito, vbique eſſet ad effectum, vt impediretur detractio quartæ ex bonis defuncti: alioquin ſi quarta ex bonis detrahi debet,parum,vel nihil intereſt, quod æs alienum ex ipſiſmet bonis detrahatur; ſi quidem fructus debito cedentes,locum aperiunt detractioni quartæ ex bonis, ergo ſine effectu eſt, quod fructus debito compenſentur.

9 Nec pro Barboſa † facit textus noſter in verſ. Planè:nam propterea fructus ibi computantur in concurrentem debiti quantitatem, quia teſtatur iuſſerat, vt bona tam propria, quam hæredis,venirent in reſtitutionem. Quibus verbis, ſaltem voluit teſtator,vt tam corpora hæreditaria, quā fructus ex illis percepti reſtituerentur, argumento l. Imp. 70. §. cum quidam, ff. de legatis 2. quia ſcilicet teſtator, qui nō ſolū ſua,ſed hęredis bona reſtitui iubet,

quidquid de suo potest, dare videtur, fructus autem dare potest, d.l. in fideicommissaria, in princip. ff. ad Trebell. Supposito igitur, quod auus, de quo hic, voluit, vt fructus venirent, & nepos hæres illos percepisset; simulque duplicem deductionem æris scilicet alieni, & Quartæ facere debuisset, & in concursu præualeat causa æris alieni, §. cum autem, Inst. de lege Falcidia, merito respondet I. consultus, vt fructus iam percepti, qui vel in Quartam, vel in debitum imputari debebant, debito cedãt, vtpote potiori; Etsi adhuc illi satisfactũ nõ est, residuũ a bonis petendũ est, indeq; et Quarta deducenda, & adeo vera est hæc consideratio, vt in principio nostri §. quod auus, vbi cessabat coniecturata defuncti voluntas circa compensationem fructuum, æs alienum ex bonis tantum deducatur.

10 Hæc autem † fructuum compensatio non proficit legatarijs, quasi maior sit effecta portio fideicommissarij, quam relicta esset, & per hoc augeatur tota hæreditas: nam fructus post mortem percepti, non proficiunt legatarijs; quia quantitas patrimonij ad effectum deducendi Falcidiã solũ inspicitur tẽpore mortis l. in quãtitate, ff. ad leg. Falcid. §. quantitas, Inst. eodẽ tit. proficiunt tñ fideicõmissario vniuersali, iuxta l. in fideicommissaria, l. mulier, 22. §. si hæres, vers. alia, ff. ad S.c. Trebell.

11 Nõ facit † deinde pro Barbosa ratio, quam adducit, quod scilicet prædicta debiti deductio iure speciali permittatur, cum ipso iure fit cõfusum per aditionem: nam vltra quam quod hæc confusio non fit generalis, vt tradit I. c. in l. Stichum, aut Pamphilum, §. aditio, ff. de solutionibus: potius dicendum est, quod quãdo creditor debitori hæres existit, iuris censura videtur hæreditas creditori soluere, & iam diminuta ad ipsum peruenire, vt eleganter comprobat I. c. in l. si ei cui, 41. §. 1. ff. de euictionibus; ibi: *Minus in hæreditate habere videtur, tanquam ipsa hæreditas hæredi soluerit*, &c. Vnde cum hæc diminutio, quam fictio iuris operatur, fit statim in ipsa aditione, manifestè sequitur à corporibus hæreditarijs regulariter fieri, non a fructibus postea iudicio testatoris perceptis. Nec tandem pro Barbosa facit d. l. mulier, 22. §. cum proponeretur, vt infra ostendemus.

12 Adhuc † duo remanẽt pertractanda pro intellectu huius textus; Primum, an hic valeat fideicommissum in bonis hæredis, iuxta d. l. Imperator, 70. §. cum quidam, ff. de legatis 2. & resoluendum est, non valere, vt contra glossam vltimam hic, & plures, quos citat, benè probat Barbosa, in d. 4. parte, numero vigesimo primo, tum, quia noster textus non dicit fructus compensari cum bonis hæredis, sed cum debito: tum etiam, quia iubet deduci Quartam ex bonis tantum testatoris. Ratio autem, ob quam hic cesset d. §. cum quidam, ea est: quia testator grauauit nepotem suum hæredem prius in bonis hæreditarijs, & postea in proprijs, insuper ad compensationem fructuum iudicio testatoris perceptorum, aderant æs alienum, & Quarta deducenda; ac per consequens nihil mansit, quod possit compensari cum bonis hæredis, vt in illis etiam aliqualiter fideicommissum sustineretur. At in d. §. cum quidam, statim à principio fideicommissum fuit iniunctum in bonis hæredis, & ob id de illis indistinctè fit restitutio, habita etiam ratione fructuum, vt alias ponit Costa, in cap. si pater, tertia parte, verbo, personis, nu. 28. de cuius intellectu latè egimus supra hoc libro, cap. 1. à nu. 22.

Si tamen in nostra specie fructus supersint æri alieno, ac Quartę; sicut testator potest hæredem grauare, vt illos restituat, l. in fideicommissaria, 18. ff. ad S. c. Trebell. ita respectu superexcrescentium potest rogare hæredem, vt de bonis proprijs restituat in concurrentem quantitatem, vt ex glossa, ac communi sententia in terminis defendit Eman. à Costa, Lusitanus, in cap. si pater, 3. parte, verbo, interdum, nu. 103.

13 Secundum † dubium est, cur Trebellianica (de qua necessariò debet intelligi noster vers. plane, cum loquatur de fideicommisso vniuersali, vt latè comprobat alijs eruditissimus Costa, in d. cap. si pater, 2. parte, verb. Trebell. nu. 26.) ex bonis tantũ, quæ moriens auus reliquit, sit deducenda: vt inquit textus in vltimis verbis, ibi: *Sed Quartam hæres nepotis de bonis duntaxat, quę moriens auus reliquit, retinebit*. Cum in Trebellianicam imputentur fructus, & quidquid aliud, etiamsi iure hæreditario non percipiatur, d. l. in fideicommissaria, l. mulier, 22. §. si hæres, vers. alia, ff. ad S.c. Trebell. l. in quartam, 91. ff. ad legem Falcid. secundum quæ videtur Papinianus in præsenti contradictionem inuoluere, dum alludit ad l. in quantitate, ff. ad legem Falcid. & §. quantitas, Inst. eodem tit. vbi Falcidia, quæ de legatis, & fideicommissis particolaribus deducitur, de illis tantum bonis detrahenda est, quæ fuerunt testatoris tempore mortis, & quæ iure hæreditario capiuntur, cum tamen apertè cõstet illum loqui de Trebellianica, vt supra euicimus, quæ vndecumque suppletur.

Verum respondendum est, Papin. in præsenti non negare, quod si fructus excederent æris alieni summam, non essent imputandi in Quartam, secundum præcitata iura, vt eleganter tradit glossa 1. post medium, in d. l. in fideicommissaria. Sed ob id dicit ex bonis tantum,

tantum, quæ moriens auus reliquit, esse deducendum, vt ostenderet, iam fructus cessisse debito: & consequenter cum nulli superessent, manebat dubitatio, an fideicommissum aliqualiter constitisset in bonis etiam nepotis hæredis, propter iniunctum onus, cui nepos adeundo, acquieuisse videtur: quod inficiatur I. consultus hic, tacitè innuens, fideicommissum nequaquam constitisse in bonis nepotis hæredis, cum fructus sint consumpti à debito; nec iam aliquid supersit, quod cum hæreditate nepotis compensetur: & consequenter Trebellianicam à bonis tantum aui testatoris esse deducendam.

Constat igitur Trebellianicam hic deduci ex bonis testatoris, quia non supererant fructus, qui in ipsam possent imputari, iuxta d. l. in fideicommissaria, l. mulier, §. si hæres, vers. alia, ff. ad S. c. Trebell. quidquid dicat glossa vltima hic, sibi contraria, dum in postremis verbis innuit, deductionem Trebellianicæ in-eundam fore de bonis tantum, quæ moriens
14 testator reliquit. Si autem † fructus superessent, proculdubio in quartam imputarentur: quod adhuc hodie procederet in terminis nostri §. quod auus, vers. planè, non obstante l. iubemus, C. ad S. c. Trebell. dum excludit fructus ab imputatione Trebellianicæ, quos pleno iure hæredis facit: nam hæc constitutio procedit duntaxat in liberis primi gradus, vt patet exinde, & tradit Costa Lusitanus, in cap. si pater, 2. parte, verbo, Trebellianicæ, nu. 13. vers. adde quod. At in nostro §. quod auus, agebatur de nepote, vt patet, qui secundum gradum constituit liberorum, §. secundo gradu, Inst. de gradibus.

15 Pro coronide † restat, vt indagemus intellectum ad d. l. mulier, 22. §. cum proponeretur, ff. ad S.c. Trebell. ibi: *Quod si tantos fructus ex hæreditate mulier percepit, vt inde poterit doti satisfieri: dicendum est; potius fructibus hoc expensum ferendum, quam fideicommisso.* Et omissis varijs interpretationibus, quas refert, & reprobat insignis Barbosa, in d. l. 1. ff. soluto matrimonio, 4. parte, à nu. 19. ad finem; cum sequentibus; omissa itidem illa, quam ipse sequitur nu. 21. vtpote, quia innititur falso fundamento, & intellectui ad d. §. quod auus, quem supra refellimus: mihi videtur ad intellectum d. §. cum proponeretur, distinguendos fore duos casus. Primus est, quando dos erat à patre promissa in vita, vel iam à iudice assignata, iuxta l. qui libros, ff. de ritu nuptiarum. Secundus casus est, quando in vita patris non habuit ortum, aut certitudinem dicta obligatio dotandi: quia scilicet adhuc non agebatur de collocanda filia in matrimonio. Quod autem ante promissionem patris, aut constitutionem iudicis, non sit nata, aut saltem certa obligatio dotandi filias, inferius ostendemus.

16 In primo casu resoluendum est, quod † a patre promissa dos, siue à iudice assignata, loco est æris alieni, iuxta l. à filia, 62. in fine princip. ff. ad S.c. Trebell. ibi: *Sed et si ex promissione dotis aliquid debitum fuit, æris alieni loco habendum*, &c. & deducenda ex bonis testatoris, quasi iam bona illa ad filiam hæredem institutam (cui dos fuerat promissa) diminuta peruenissent, iuxta elegantem textum, in l. si ei, 41. §. 1. ff. de euictionibus, vt supra tetigimus: Vnde nihil mirum, quod in hoc casu non ex fructibus, sed ex corporibus hæreditarijs debeat dos deduci; cum immo in terminis d. §. cum proponeretur, (si antea fuisset dos promissa) à filia censeretur deducta, iuris fictione, vt supra proximè diximus; nec tractus temporis considerari possit, ratione cuius fructus percipiendi doti antea constitutæ cedere debeant.

17 Quod † verò attinet ad secundum casum, quando scilicet dos non fuit promissa, nec à iudice in vita patris constituta, nec consequenter ortum habuit obligatio paterna certæ dotis dandæ; resoluendum est, quod cum tunc non habeatur loco æris alieni; quando postea incipit deberi, si iam fuerint ex iudicio testatoris tot fructus percepti, quot suffecerint doti, ex illis satisfaciendum est, non verò ex corporibus hæreditarijs; & ita procedit d. §. cum proponeretur, secundum quæ constat, loqui textum in debito, quod purificatur, & certificatur post mortem defuncti, & iam fructibus iudicio testatoris perceptis. Vnde innuit à contrario textus in d. §. cum proponeretur; quod si fructus interim non sint percepti, aut non tot, quot requiruntur ad exolutionem totius dotis, tunc ipso iure deducitur à corporibus hæreditarijs dos, nec spectatur temporis tractus, quo fructus necessarij fint dotis percipiantur, vt patet ibi: *Dotem decedere: nec si quod superfuisset, rogata esset restituere*, &c.

18 Et quod † in d. §. cum proponeretur; non præcessisset promissio dotis, vel aliqua eius constitutio, constat ex litera, ibi: *Quod & muliebris pudicitiæ, & patris voto congruit*, &c. vbi dubitans I. consultus, an filia hæres instituta, & rogata restituere, si sine liberis decederet, possit dotem certæ quantitatis deducere ab hæreditate, & marito dare, respondet, posse, cum id congruat pudicitiæ mulieris, & patris voto, dum apposuit innuptæ & nubili conditionem, si sine liberis, quæ non præsumitur à patre adiecta, nisi supposito legitimo matrimonio, & antecedenter dotis præstatione, quæ ad illius onera requiritur, l. pro oneribus, C.

de iure dotium ita aliàs eleganter interpretatur Costa, in d. cap. si pater, 1. parte, num. 39. ergo si hoc totum futuro euentui, & collectæ testatoris menti committitur, manifeste sequitur, dotem non fuisse antea assignatam, aut aliqualiter certam effectam.

19 Quod autem † ante promissionem patris, vel iudicis assignationem, obligatio dotis dandæ non oriatur, licet sit in spe, ex eo probatur; quia interim dum filia sui iuris non nubit, vel in potestate constituta non collocatur à patre in matrimonium, incertum est, & sub conditione an dos debeatur, l. si extraneus, 6. ff. de condictione causa data, cum interim nec iudex, nec etiam iuris dispositio cogat parentem ad dotandum, aut certificandam legalem dotis obligationem: quæ vt saltem certificetur, requirit, vt tempore nuptiarum attendatur dignitas patris, facultates, numerus liberorum, iuxta l. si filiæ, 43. ff. de legatis 3. Atque ita constat in d. §. cum proponeretur, obligationem dotandi non esse prius ortam, vel saltem non certificatam: & consequenter non haberi sicut æs alienum a tēpore mortis paternæ; vndi nihil mirum, quod si ex fructibus iudicio testatoris perceptis satisfieri possit, satisfiat, cum tale debitum post mortem patris certificetur.

20 An † autem in d. §. cum proponeretur, potuisset simul Quarta Trebellianica deduci, quęstionis est? & glossa ibidem, verbo, hoc, putat ex fructibus doti satisfieri; Trebellianicam verò ex bonis deduci, nisi fructus excedant debiti quantitatem, quia superexcrescentes in Quartam quoque imputabuntur, iuxta ea, quę prædiximus ad d. §. quod auus.

Ego contrarium tentandum puto, immò non esse Quartam deducendam (nisi in dote detracta minus fuerit, quam pro legitima iure naturæ debita requiritur; nam quod legitimæ deest, deducendum duntaxat opinor) & moueor ex eo: quia dos illa detracta loco legitimæ est, l. quoniam nouella, C. de inoff. testam. at vltra legitimam, non permittitur altera Quartæ deductio, attento iure ciuili, vt innuit l. iubemus, C. ad S.c. Trebell. latè probat eruditissimus Eman. à Costa, in d. cap. si pater, 2. parte, verbo, absque deductione, nu. 19. & verbo, Trebellianicæ, nu. 13. vers. secundò noto. In eo tamen quoad liberos primi gradus, prædicta sententia intelligetur, dummodo legitima, vel id, quod legitimæ loco est, non deducatur à fructibus, sed ex corporibus hæreditarijs, d. l. iubemus, Costa d. verbo, Trebellianicæ, nu. 13. vers. adde quod. Vnde cum in terminis d. §. cum proponeretur, sit filia grauata restituere, insimul ex fructibus sit doti satisfactum, puto adhuc Quartam deducere posse, attenta noua constitutione d. l. iubemus, cum fructus in dotem deducti, maneāt nunc filiorum pleno iure, & perinde, ac si in dotem imputati non essent; & ita attenta eadem noua constitutione, recipi potest præfata glossæ sententia, in terminis duntaxat d. §. cum proponeretur, quæ de filia loquitur.

Ex quibus etiam constat, versari diuersam rationem inter d. §. quod auus, & d. §. cum proponeretur: nam in illo, vltra fructus, quos imputat in debitum ex speciali ratione, de qua supra, etiam Quartam omninò, & indistinctè retinet. At in hoc solum detrahit doteni ex fructibus; quæ deducta impedit aliam quartæ detractionem, nisi intelligas (vt supra proximè expendimus) de iure recentiori.

SVMMARIVM.

Latè agitur de conciliatione, & intellectu l. vtrum, 9. ff. de assignand. libert. & §. datur, Inst. eodem tit. à num. 1. & à num. 5. & num. 10. & per totum.

Requiritur, vt duo, pluresue sint liberi in potestate, vt eis assignari libertus posset. & de ratione. nu. 2.

Si emancipetur is, cui facta fuerat assignatio liberti, in omnem respectum irritatur assignatio. nu. 4. intellige tamen, vt nu. 5.

In quo concordet d. l. vtrum, & d. §. datur, à numero 4.

Emancipatus, de rigore iuris ciuilis non admittebatur ad ius patronatus, & bona libertorum paternorum. num. 5. vbi indagatur ratio.

Emancipatus, de iure pratorio admittitur ad bona libertorum; & de ratione. nu. 6.

Explicatur l. 3. §. emancipatos, ff. de assign. libert. ibidem.

Explicatur l. 3. §. emancipatus, ibi: Cum rescisio, quo magis admittat. *ff. de bonorum possess. contr. tab. ibidem.*

Emancipato filio de iure Pratorio assignari libertus potest; & de ratione. ibidem.

Posthumis assignari libertus potest. nu. 7.

Eleganter explicatur d. l. vtrum, ibi: si modo non pauciores, quam duos prætęrea in potestate habeat, *nu.* 8.

Assignatio liberti facta ei, qui postea emancipatur, sustinetur de iure pratorio. nu. 9. & 13.

Eleganter explicatur d. §. datur, vers. vnde, ibi: & placuit euanescere, quod & Iuliano, & alijs plerisque uisum est. *nu. 11.*

Reprobatur interpretatio Azonis, & Ioannis veterum glossatorum ad d. l. vtrum, nu. 12.

Reprobatur interpretatio Petri antiqui interpretis, ad d. §. datur, vers. vnde. à nu. 13.

Explicatur l. non distinguemus, vers. sacerdotio, ff. de re-

di receptis, qui arbitrium receperit. nu. 14.
Qui arbitrium recepit, non cogitur sententiam dicere, se sacerdos factus est; poterit tamen si voluerit. ibidem.
Reprobatur interpretatio Hispani Pichardo ad d. l. vtrum. nu. 15.
Latè explicatur l. 1. §. sed & si exhaeredato vers. sed etsi post, ff. de assignand. libert. & l. si patronus testamento, 12. §. 1. ff. de bonis libertorum. à num. 16.
Exhaeredatio in dubio non perimit assignationem liberti ante factam: & de ratione, d. nu. 16. Declara. nu. 18.
Exhaeredatio suapte natura adimit tantum vniuersalem successionem. ibidem.
Quid dicendum, quando exhaeredato adijcitur legitima causa; an tunc antecedens assignatio in dubio tollatur. nu. 17.
Exhaeredatio sine causa, adhuc hodie tenet, secundum veriorem sententiam, & solum parit querelam inofficiosi testamenti sine onere probandi. Remissiuè ibidem.
Exhaeredatio non nota causa semper valida fuit, & non solum non adimit assignationem factam, imo sustinet. nu. 19.
An possit pater libertum assignare filio naturali? à nu. 20. resoluitur negatiuè.
Amplia, siue aliàs succedat, siue non succedat parenti. nu. 21.
Quid dicendum apud Lusitanos in filio naturali patris plebei, qui aliàs cum legitimis aequaliter succedit ex Ord. Lusitana. lib. 4. tit. 92. in princip. à nu. 22.
Filius naturalis patris plebei apud Lusitanos est in potestate patria. ibidem.
Quid, si non esset in potestate patria? nu. 23. vbi tamen sententia Vallasci Lusitani probatur.
Filij naturales, qui aliàs succedunt parentibus, eo ipso succedunt quoque in bonis libertorum paternorum. nu. 24.
Filius naturalis legitimatus, siue dispensatus, vt patri tantum succedat, etiam succedit in iure patronatus, & admittitur ad bona libertorum paternorum. nu. 25.
De differentia inter legitimatum, & dispensatum, remissiuè. ibidem.
Reprobatur Lusitani Gamae sententia, dum putabat, dispensatum vt patri tantum succedat, non posse succedere liberti paternis. ibidem.
Ius patronatus paternum inuenitur à liberis in haereditate paterna. ibidem ad finem.
Ius patronatus quodammodo subrogatur in locum iuris dominici, quod patronus ante manumissionem in seruos habebat. ibidem in fine.
Filio naturali dispensato, ut patri succedat, non potest libertus assignari. nu. 26.
An assignatio facta in uno ex duobus filijs in potestate constitutis sustineatur, si alter emancipatur, cui facta non erat. nu. 27. ubi resoluitur sub distinctione.
An assignatio facta ei, qui vnicus in potestate est, aliqualiter valeat, si alius, vel alij fratres extant emancipati. nu. 28.

CAPVT VIII.

Conciliatio inter Iustinianum Imp. in §. Datur, Inst. de assignatione libertorum: & Modestinum I.C. in l. vtrum, 9. ff. de assignandis libertis.



1 Cribit Cęsar: *Datur † autem hac assignandi facultas ei, qui duos, pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, assignare libertum libertamue liceat. Vnde quaerebatur, si eum, cui assignauit, postea emancipauerit: num euanescat assignatio? sed placuit euanescere, quod & Iuliano, & alijs plerisque uisum est.*

Huic apertissimo documento, & illationi, quam Imp. deducit, apertissimè quoque refragatur Modestinus, in d. l. vtrum, 9. vbi ita inquit: *Vtrum ei tantum, qui in potestate est, an etiam emancipato filio assignare libertos patronus possit? si modo non pauciores, quam duos praeterea in potestate habeat: debitari solet: magis est, posse.* Ex cuius verbis constat, emancipato assignari libertos posse: & si assignatio fieri potest, facilius sustinebitur superinducta emancipatione, iuxta regulam l. patre furioso, ff. de his, qui sunt sui: cum facilius facta teneant, quam adhuc infecta probentur. In solutione vacillant, ac variant glossatores, vt videre est per Accurt. vbrobique, & reliquos interpretes.

2 Certum erat, † attento S. consulto, quod de assignandis libertis prodijt, omnino requiri, vt assignator duos, pluresue liberos habeat in potestate, vt eis assignare liceat. l. 1. in princip. ff. de assign. libert. traduxit Imp. in praesenti. Ratio prouenit ex natura assignationis, quae vim habet electionis, quae non nisi ex pluribus fieri potest, iuxta glos. verb. pauciores, in d. l. vtrum, cum si vnicus esset, citra assignationem ad bona liberti admitteretur, vt ex sententia Azonis notat glos. in d. verbo, pauciores, & ita frustranea in vnico filio

filio in potestate maneret assignatio.

3 Secundum † quod in nostro §. datur, vers. vnde, proposita resolutio duplicem potest habere decidendi rationem: nam vel propterea emancipato eo, cui assignatio facta fuerat, euanescit assignatio, quia iam vnus tantum remanet in potestate, cum duo ad minus requirantur, iuxta d. l. 1. & d. l. vtrum, vel, quia assignatio debet omninò fieri illis, qui sunt in potestate; & ita emancipatio superueniens tollat assignationem iam factam.

4 In vtroque respectu † Imper. rectè respondit, euanescere assignationem: nam si duobus existentibus liberis, vni assignatio fiat, qui postea emancipatur, assignatio euanescit; tum quia iam non sunt in potestate duo, pluresue, vt requiritur in d. l. 1. & tunc concordat cum d. l. vtrum. 9. vt inferius enudeabimus. Secundum quam rationem idem esset, licet in potestate remanenti assignatio facta fuisset, ea nàque euanesceret, ex supradicta ratione, scilicet, quod in vnico frustranea maneret assignatio; de quo tamen infra latius agendum est, tum etiam, quia emancipatio corrumpit assignationem, cum emancipatus admitti ad ius patronatus nequeat, ex infra dicendis; & licet plures, quam duo liberi in potestate existerent tempore assignationis: adhuc ex supradicta secunda ratione emancipatio tolleret assignationem in vno antea factam; quo casu nimis obstat d. l. vtrum, vltra quam quod etiam refragetur principio nostri §. datur, ibi: *Vt eis, quos in potestate habet*, &c. vbi emancipatos excludit.

5 Pro concordia † aduerte, emancipatos de iure ciuili non posse ad bona libertorum admitti, vt vltra alia iura exprimit Vlp. in l. 3. §. emancipatos, ff. de assign. liber. ibi: *Quoniam ad legitimam hæreditatem admitti non possunt*, &c. nam extraneorum loco sunt, iuxta §. cæteri, Inst. de hæredum qualit. & differ. Et ratio rationis est: quia ex eo, quod emancipatus de iure ciuili sit extraneus, nec ad eum seruus (si manumissus non foret) peruenire queat, vtpote quod sit remotus à bonis paternis, §. emancipatos, Inst. de exhæredat. liberorum. vbi nutant omnes: sequitur attento eodem iure ciuili, Ius patronatus consequi nequire, vt in simili per argumentum à contrario sensu comprobat Imp. in §. vnico, vers. at qui, Inst. de fiduciaria tut. ibi: *Libertus autem si seruus mansisset, utique eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus erat*. Vnde cum per assignationem agatur de iure patronatus applicandi vni ex liberis, deque bonis liberti assignati, ac si ab eo libertatem consecutus esset, vt exprimit Vlp. in l. 1. in princip. ff. de assign. liber. nihil mirum, quod Senatus consultum de assignandis libertis, duntaxat de libertis in potestate loquatur, iuxta proximè citatam l. 1. & intelligitur noster §. datur.

6 Ceterum, licet † ita seueritas ciuilis statueret, nihilominus tamen suggerente æquitate Prætor ad successionem libertorum emancipatos vocabat, qui tunc ex iurisdictione prætoria admittebantur, vt exprimit d. l. 3. §. emancipatos, ff. de assign. liber. ibi: *Et putem emancipatos per Prætorem præferendos*, &c. & ibi notat gloss. verbo, ad legitimum, & verbo, præferendos. Quod eleganti ratione statutum est, nam cum Prætor iuris austeritatem leniens, ad bona paterna emancipatos liberos vocet, vel ex testamento, vel ab intestato, iuxta tit. ff. de bonorum possess. contra tabul. d. §. emancipatos, Inst. de exhæredat. liberorum, tit. vnde liberi, & tit. de coniungendis cum emancipato liberis eius, cum similibus, idque rescissa quodammodo capitis diminutione, ac si in familia, & potestate patria semper mansisset, iuxta elegantem textum in l. 3. §. emancipatus, ff. de bonorum poss. contra tab. ibi: *Cum rescissio, quo magis admittat*, &c. iuncta l. 1. supra eod. Nihil igitur mirum, quod de iure Prætorio libertorum iura consequatur, cum iam ratio, deducta à d. §. vnico, vers. at qui, Inst. de fiduc. tut. (quæ in liberis in potestate procedebat, vt supra expedimus) nunc supposito Prætorio figmento, quo emancipatus in potestate esse creditur ad obtinenda bona paterna cum suis hæredibus, in emancipatis militet; atque ita, sicut emancipatus libertum, si manumissus non esset, in bonis paternis inuenisset, & eundem manumittendo patronus fieri potuisset; ita eiusdem à patre manumissi, cum reliquis bonis paternis, ius patronatus consequi debet & libertis succedet, vt insuper probat l. 2. §. vlt. l. libertinus, 5. §. vlt. l. quod si pater, 11. l. si patronus testamento, 12. §. vlt. ff. de bonis libertorum. Vnde sequitur, quod ex prætoria autoritate assignari libertus potest filio emancipato, ex eo capite, quo iam ad ius patronatus admitti debet; & ita Senatusconsultum de assignandis libertis, interpretatione adiutum, secundum æquitatem Prætoriam ad emancipatos extenditur.

7 sicut † etiam ex eodem S. consulto posthumis assignatio fieri non poterat, vt exprimit Pop. in l. vlt. ff. de assign. libert. quia in potestate non erant, iuxta l. vlt. ff. de collatione bonorum, & tamen supposita interpretatione prudentum, valet assignatio, vt patet in d. l. vlt. ff. de assign. libert. ibi: *Magis tamen puto etiam posthumos contineri*, &c.

8 Ex quibus † colligitur, quod si pater filio emancipato libertum assignet, tenet assignatio ex iurisdictione Prætoria, & infimur voluntate

luntate patris,quæ in assignationibus huiuscemodi multum operatur,l. 1. §. assignare,ff. de assign. libert. secundum quæ debet intelligi nostra l. vtrum, 9. ff. de assign. libert. vbi I. consultus satis ostendit repugnantiam iuris ciuilis, ibi: *Magis est posse*, dum assignationem sustinet ex probabiliori sententia, æquitate insuper suadente. Ne tamen liberi in potestate quererentur,quod sibi quæsitum ius in liberis paternis ademptum foret, requirit Modestinus in nostra l. vtrum,ut vltra filium emancipatum,cui assignatio fit,remaneant in potestate duo,pluresue, alioquin assignatione non valitura; exprimitur in d.l. vtrum, 9. ibi: *Si modo non pauciores, quam duos præterea in potestate habeat*, &c.

Mouetur I.c. eleganti ratione: nam quando vnus tantum remanet in potestate ex liberis, ipsi statim ius quæsitum est considerabile, ex dispositione legis: vnde parens illi tale ius non poterit auferre, in emancipatum assignationem conferendo, cum id insuper faciat contra verba S. consulti, quod tunc permisit assignationem,cum duo, pluresue in potestate forent, l. 1. ff. de assign. libert. Si verò duo, pluresue liberi in potestate remanent, nulli facit præiudicium certum, cum alterutri conquerenti potuisset pater respondere, se alteri assignare posse ex ijs, qui in potestate sunt; vnde quasi nullus, qui in potestate est, iustè causari possit,sibi ius ademptum,merito in emancipato valet assignatio,duobus vel pluribus præterea relictis in potestate.

9 Quemadmodum † autem filio emancipato assignare libertum possumus ex autoritate Prætoria; à fortiori facta assignatio ex eiusdẽ Prætoris tuitione sustinebitur, si emancipatio superueniat,iuxta regulam l. patre furioso, ff. de his,qui sunt sui,vel alieni iuris. & ea,quæ infra latius dicemus.

10 Vnde Primò † infertur,Imper. in nostro §. datur,loqui duntaxat attenta seueritate ciuili; secundum quam nec assignari emancipato poterat,nec facta assignatio superueniente emancipatione sustinebatur. At considerato iure Prætorio, id sub distinctione procedebat: nã si filio emancipato libertus assignetur,& alter tantum filius in potestate remaneat, non solũ de iure ciuili corruit antecedens assignatio, ex dictis: sed nec de Prætorio sustinetur, quia deuenit ad casum,à quo non potest incipere: constat autem non posse emancipato conferri assignationem, nisi præterea duo, pluresue maneant in potestate,d.l. vtrum,9. ergo,&c.

Si vero filio emancipato adhuc in potestate remanent non pauciores, quam duo, licet adhuc de iure ciuili tollatur,& perimatur assignatio iuxta d. §. datur, de iure tamen Prætorio sustinetur: quia si eo casu potest incipere, d. l. vtrum, à fortiori sustineri poterit, nisi eo animo fiat emancipatio, vt assignatio pereat, argumento l. 1. §. sed etsi exhæredato, vers. sed etsi post, ff. de assign. libert. ibi: *Nisi hoc animo facta sit*, &c. iuncto §. assignare, supra eadem lege, ibi: *Etiã nuda voluntate poterit*,&c.

11 Illud tamen † adhuc obijcitur ex nostro §. datur, vers. vnde, ibi: *Sed placuit euanescere; quod & Iuliano, & alijs plerisque visum est*, &c. quod nisi referamus ad ius Prætorium, ita vt nec etiam illo attento sustineatur assignatio, videtur illatio Imp. manere de indubitabili, contra regulam l. quod Labeo,iuncta glos. 1. ff. de Carboniano edict. Accedit,quod Imper. id decidit ex placito,& cum formidine,ob idque proferat auctoritatem Iuliani, & aliorum I. consultorum, ergo non solum debet intelligere, de iure ciuili,sed etiam de Prætorio.

Verum respondendum est, quod dubitatio erat, an S. consulto (quo cauebatur, vt liberis in potestate liberti assignarentur, l. 1. ff. de assign. libert.) satisfactum esset, si assignatio fieret tempore habili, id est, filio in potestate, licet iste postea emanciparetur, & perueniret ad casum,à quo nõ posset assignatio incipere, cum id multoties eueniat, vt inquit I. c. Paulus, in l. pluribus, §. vlt. ff. de verborum oblig. ibi: *Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, à quo incipere non potest: non tamen hoc in omnibus verum est*, &c. & ibi notat glos. verbo, stipulatus, & sequuntur Doctores,text. bonus,in l. in ambiguis, pro dotibus, §. non est nouum, ff. de regulis iuris. & propter hanc non modicam dubitandi rationem protulit Imper. autoritatem I. consultorum, quibus plerisque placuit, vt assignatio secuta emancipatione euanesceret,ne forte fraus fieret S. consulto,etiamsi vnus præterea in potestate mansisset,cui ius patronatus tune videbatur ademptum. Non proinde tamen denegat Iustinianus assignationẽ sustineri de iure Prętorio,dumodo cesset ratio fraudandi, scilicet, si præterea duo pluresue in potestate maneãt, iuxta nostram l. vtrum. 9.

12 Secundo † infertur, falso opinatum fuisse Azonem relatũ à glos. verbo, euanescat, in d. §. datur,& verb. posse, il 2. in d.l. vtrũ, dũ existimat in d.l. vtrum, 9. solum quæri, an soli filio in potestate possit assignari libertus? & respõderi, soli ipsi assignari posse: nam textus in d.l. vtrum, ita incipiebat: *Vtrum ei tantum, qui in potestate est*, &c. & finitur, *& magis est posse*, coniungit itaq; prædictus glossator finẽ principio, ita vt decidat I. c. ei tantum posse assignari, qui in potestate est. Eandem sententiam sequi videtur Ioannes glossator quoq; antiquus,relatus à glos. verbo, posse, il. 1. ad finẽ, in d.

in d. l. vtrum, cui adhærere ipsa quoque glossa videtur, dum eius opinionem vltimo loco refert, iuxta latè notata per Decium, in l. cum fundus, 31. §. seruum suum imprudens, nu. 9. ff. si cert. petat. Lusitanum Gamam, decis. 306. nu. 17.

Ceterum hæc interpretatio pueriliter peccat, nam quæstio in d. l. vtrum, 9. solum emancipatum respiciebat, vt patet ibi: *Vtrum et tantum, qui in potestate est, an etiam emancipato filio assignare libertos patronus posset, &c.* Respondet I. c. *magis est posse*. ergo responsio tantum satisfacit quæstioni de emancipato: nam in filio in potestate aberat omnis dubitatio, ex l. 1. ff. de assign. libert. Deinde vltima verba. *magis est posse*, denotant formidinem in decisione, & nulla omnino poterat concipi in filio in potestate, cui dumtaxat ex autoritate S. consulti permissum erat libertos assignari. Tandem conuincunt illa verba: *Si modo non pauciores, quam duos præterea in potestate habeat*, &c. vt explicabimus in quarta illatione.

13 Tertio infertur, deceptum † fuisse Petrum veterem glossatorem, relatum ab Accurt. verbo, posse, il. 1. in d. l. vtrum, dum agnoscebat, assignationem quidem fieri posse in emancipato, factam vero indistinctè, & omni iure perimi per emancipationem superuenientem, & sic intelligi d. §. datur, vers. vnde, argumento l. non distinguemus, vers. Sacerdotio, ff. de receptis, qui arbitrium receperunt. Cuius sententiam amplectitur Accurt. in d. vers. Sacerdotio, verbo, ferre debet. & verbo, non est nouum, in l. in ambiguis, pro dotibus, §. non est nouum, ff. de regulis iuris. Hanc tamen interpretationem damnat Ioãnes relatus à glos. in d. verbo, posse, il. 1. ad finē, vbi eundem vltimo loco relatum sequi videtur sibi contrarius Accurt. & in d. §. datur, verbo, euanescat, in fine. Insuper confunditur: quia si in emancipato facta assignatio à prætore probatur; ab eodem etiam defendi debet iam facta, nisi constet de contraria voluntate assignatoris: nam in dubio pro assignatione præsumitur, vt in fortioribus terminis probat l. 1. §. sed etsi exhæredato. vers. sed etsi post, ff. de assign. libert. & sicut nuda voluntate assignatio fieri potest, §. assignare, supra eadem lege, facta a fortiori conseruabitur, cum facilius vnumquodque conseruetur, quam producatur, vt in naturalium productione, & conseruatione patet.

14 Nec † quidquam officit d. l. non distinguemus; vers. sacerdotio: quia non dicit vitiari arbitrium ante receptum, sed non cogi recipientem vt sententiam dicat; vt patet ibi: *An cogatur arbiter sententiam dicere*; & ita aduertit Ioannes relatus à glossa, in d. verbo, posse, il. 1. ad finem, in d. l. vtrum, 9. & glos. verbo, euanescat, in fine, in d. §. datur. Rationem autem cur cogi non possit, subiungit I. c. ibi: *Sed & maiestati Dei indulgetur, cuius sacris vacare sacerdotes oportet.* &c. Immo etiamsi in d. vers. sacerdotio, diceretur arbitrium receptũ ipso iure extingui, adhuc nihil concluderet pro prædicta interpretatione: nam in d. vers. sacerdotio, vltra mutationem, dabatur etiam impedimentum respectu sententiæ dicendæ, cum non nisi prævia cognitione fiat, quod auerteret sacerdotem a diuino ministerio; vel diuinum ministerium auerteret a sententia dicenda; at simplex emancipatio, siue iam existens, siue superueniens, respectu iurisdictionis Prætoriæ, quæ emancipato filio assignationē fieri permisit, solam status mutationem supponit, nullumque superinducta habet nouum, ac extrinsecum impedimentum, sicut per contrarium ostendimus in eo, qui denuo sacerdos factus est.

15 Quarto infertur, † lapsum quoque fuisse Hispanum Pichardo, in d. §. datur, dum simpliciter negans posse emancipato conferri assignationem; respondet ad d. l. vtrum, 9. non loqui de assignatione facta simpliciter emancipato, sed quæ emancipato, & in potestate simul fiebat, quasi ad vmbram filij in potestate melior sors contigerit emancipato.

Ceterum, hæc interpretatio apertè violat literam d. l. vtrum: nam quæstio in ea erat, an filio tantum in potestate, an etiam emancipato assignari libertus posset? vt patet ibi: *Vtrum et tantum, qui in potestate est, an etiam emancipato filio assignare libertos*, &c. Quæ verba nullatenus concursum, sed æquiparationē ostendunt. Deinde si I. c. ageret de concursu, perperam, & falso adijceret: *Si modo non pauciores, quam duos præterea in potestate habeat*; vbi clarè demonstrat, vltra illum, cui assignatio facta est, duos ad minus in potestate remanere debere exclusos ab assignatione: at vbi assignatio fit ei, qui in potestate est, non requiritur, vt duo præterea in potestate maneant, quibus assignatio facta non esset, iuxta l. 1. ff. de assign. libert. vbi ad assignandum libertum sufficit, quod duo tantum sint in potestate, & alteri fiat assignatio; ergo falso interpretatur Pichardo. Nec dici potest, deterioris conditionis esse filium in potestate, cum emancipato concurrentem in assignatione, atque si ipsi soli in potestate assignatio fieret, altero tantum remante in potestate. Manet igitur verior nostra suprapositita interpretatio.

16 Quinto infertur † explicatio ad l. 1. §. sed etsi exhæredato. vers. sed & si post, ff. de assign. libert. & l. si patronus testamento, 12. §. 1. ff. de bonis libertorum, cur scilicet assignatio facta in

cta in dubio non tollatur per sequentem exhæredationem, cum exhæredatio intercludat ius patronatus, & consequenter aditum ad bona liberti, iuxta l. si patronus, 12. cum l. sequenti, ff. de bonis liberti. id etenim ex eo prouenit, quia sicut exhæredatio mihi non noceret, si pater titulo v.g. legati ius patronatus relinquere voluisset, d. §. sed & si exhæredato, elegans textus, in l. si seruus, 6. ff. de assign. libert. idque ex ea ratione: quia si libertus ma numissus non foret, potuisset exhæredato legari, quem manumittendo, eiusdem patronus fieret, & sic tunc cessaret ratio, ob quam regulariter exhæredatus arcetur à iure patronatus; ita etiam, tum per assignationem liberti, censeatur (vt ita loquar) legatus ipse libertus, si manumissus non foret, vel ius patronatus in illo, talis assignatio in dubio non perimetur secuta exhæredatione: nam exhæredatio suapte natura solum adimit vniuersalē successionem: & ideo, qui particularem successionem per exhæredationem vult remouere, nihil agit, nec interpretatione iuuandus est, vt eleganter decidit I.c. in l. cum quidam, 19. ff. de liberis, & posth. quam acutissimè de more ita interpretatur noster Lusitanus Costa in cap. si pater, 1. parte, verbo, in re certa, nu. 5. vers. mihi autem, cum multis nn. sequentibus. Si tamen constiterit animum patris exhæredantis maleuolum esse, & in id tendere, vt assignationem quoque adimeret, tunc propter talem voluntatem adimetur, quamuis sit tacita, nuda, & insolennis. l. 1. §. assignare, ff. de assign. libertis, & ita explicari debet d. vers. sed & si post, ibi: *Nisi hoc animo facta sit*, &c.

Quæ explicatio rectè procedit attento Digestorum tempore, in quo parentibus licebat sine causa liberos suos exhæredare, ex ratione, quam tradit I.c. in l. in suis, in fine, ff. de liberis, & posth. vnde nihil mirum, quod in dubio non data causa; quæ patrem contra filium irritasset, per exhæredationem non censeretur adempta assignatio.

17 Quid autem † dicendum est attento nouissimo iure, vt in Auth. vt cum de appell. cogn. §. causas, iuncto §. aliud, collat. 8. vbi ad effectum, vt valeat exhæredatio, requiritur legitima causa expressa à testatore, ab hærede probanda: alias vel testamentum est nullum, vt communis vult, in Auth. ex causa, C. de liberis præteritis, quam sequitur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 82. §. 1. vel filio non ritè exhæredato, indistinctè competet querela inofficiosi testamenti, absque illo onere probandi, vt vult sanior, ac verior sententia, quam latè comprobar subtilissimus Viglius, in Rubrica Inst. de inoff. testam. a nu. 4. Lusitanus Costa, in cap. si pater, 1. parte, verbo, instituit, nu. 22. secundum quam adhuc in viridi obseruantia manebit d. vers. sed & si post,

Supposito igitur quod pater hodie ritè exhæredat filium, iuxta formam iuris recentioris, ita vt filio non competat vel nullitatis, vel inofficiosi testamenti remedium; dubitationis est, an corruat assignatio facta? & magis puto assignationem in dubio corruere: quia ex qualitate causæ adiectæ à testatore, & probatę ab hærede, colligitur animus adimendi quidquid reuocabiliter datum est; & ita emendari d. vers. sed & si post, vt nunc è conuerso procedat, scilicet in dubio assignationem ante factam secuta legitima exhæredatione perimi: non ita si constiterit adhuc de voluntate patris assignationem remanere volentis. Quod

18 etiam † procedere potest de iure antiquo, si pater ob grandem, & grauem causam filium exhæredasset: nam etiam tunc in dubio assignatio facta adimeretur per exhæredationem superuenientem, argumento l. 3. §. vlt. cum l. sequenti, ff. de adimend. legat. iuncta l. 1. §.

19 assignare, ff. de assign. libert. Illud † tamen hodie etiam certum est, quod si exhæredatio fiat non notæ causa sed ob filij compendium, iuxta l. multi non notæ, ff. de liberis & posthum. cum alijs, quæ glos. ibidem congerit, quo casu etiam hodie tenet, nulla causa adiecta, assignatio ante facta indistinctè volebit, non quasi in dubio non censeatur reuocata, iuxta d. vers. sed & si post, sed potius quia apertè constat, patrem obesse nolle, & ita quoad, ius patronatus probat l. si patronus, 12. §. si quis non mala, & l. Paulus respondit, in princip. ff. de bonis libertorum.

20 Sextò † infertur ad illam quæstionem, vtrū pater posset assignare libertum filio naturali? & ex dictis, videbatur dicendum, posse: quia sicut valet assignatio in filio emancipato, ita valere videbatur in naturali, vterque enim extra potestatem est, §. penult. & vlt. Inst. de nuptijs, §. præterea emancipatione, Inst. quibus modis ius patriæ potest. solu.

Verum contrarium tenendum est; immò filio naturali libertos assignari non posse, probat Vlp. in l. 1. ff. de assign. libert. ibi: *Si quis duos, pluresue liberos ex iustis nuptijs quæsitos in potestate habens*, &c. vbi ex S. consulto, quod de assignandis libertis cautum est, duo copulatiuè requiruntur, vt scilicet filius sit legitimus; itidem, & in potestate, vtrumque deficit in filio naturali, iuxta d. §. penult. & vlt. Inst. de nuptijs.

Nec quidquam euincit similitudo filij emancipati: nam emancipatus primum requisitum verè obtinet, vtpotè, iustis nuptijs quæsitus: secundum verò fictè: nam Prætor recisa capitis diminutione, (vt supra probauimus) eum

eum in potestate esse supponit.
Et hanc resolutionem amplia procedere,
21 † siue filius naturalis successibilis sit; siue patri
non posset succedere: nam interim dum illud
duplex requisitum defecerit, illi assignari libertus non poterit.
22 Quid dicendum † est apud Lusitanos, in filio naturali plebei (quem peditem vulgo vocant) an ei pater posset libertum assignare?
& si dicamus, de iure Lusitanico in potestate
esse patris, vt tenuit Lusitanus Franciscus Caldas, in l. si curatorem, verbo, sine curatore,
nu. 94. vers. ex qua sententia, & in tract. de
nominatione emphyt. quæst. 12. nu. 54. &
passi alibi; cuius sententia mihi semper arrisit,
propter Ord. Lusitanam, lib. 4. tit. 92. in princip. quæ illum cum legitimis succedere æqualiter iubet; Gama Lusitanus decis. 3. nu. 3. Cabedo, decis. Lusit. 100. nu. 1. in 1. parte, &
ob id effectus veri legitimi consequitur, vt per
Lusitanum Costam, in cap. si pater, 1. parte,
verbo, si absque liberis, nu. 37. de testam. in
6. tunc assignatio in eo facta valebit: nam attento iure Lusitanico, verificantur prædicta
duo requisita, poterat enim id efficere, secundum notata in l. si is qui pro tempore, ff. de
vsucapionibus. latè comprobat Costa, d. verbo, si absque liberis, nu. 50. latissimè Lusitanus Cabedo, Decis. 69. nu. 2. tomo. 2. Faciũt
quæ idem Cabedo, decis. 100. nu. 11. tomo. 1.
vbi magis ad rem. & effecisse præsumitur, dũ
cum legitimis æqualiter succedere iussit. ergo in eo locum sortitur l. 1. in princip. ff. de
assign. libert.
23 Si verò † dicamus, non esse in potestate patria prædictum filium naturalem plebei, quod
tenaciter defendit insignis Senator Lusitanus
Vallascus. cons. 94. à nu. 3. volum. 1. tunc in
eo facta liberti assignatio non valebit: quia licet cum legitimis succedat, attenta præallegata Ord. Lusitana, non proinde tamen considerari poterat, vt ex legitimis nuptijs quæsitus, nisi quoad illum effectum; nec etiam in
potestate esse, quæ copulatiuè requirebantur,
d. l. 1. in princip. & rescisio capitis diminutionis, quam supra in emancipato inspiciebamus, in isto naturali considerari nequit: quia
in eo tantum potest locum obtinere, in quo
aliquando fuit patria potestas; & ideo dicit
Vallasc. vbi proximè, prædictum filium naturalem nec emancipato comparari posse. Verum cum ego probabilius putem, apud Lusitanos præfatum filium naturalem plebei effici
legitimum, ex legati potestate; & consequenter iuris censura haberi, ac si ex legitimis nuptijs procreatus, ac in potestate patria esset:
ei poterit à patre libertus assignari. & si attentè perpendantur, què doctissimus Vallasc. affert, à d. nu. 3. vbi prædictum filium plebei naturalem, nequaquam legitimum, & in potestate esse comprobare nititur: facilè lector cõperiet, locum duntaxat habere in filio simpliciter naturali, de quo iura Romanorum passim
loquuntur, a quo certe constat multum differre filium naturalem peditis apud Lusitanos;
quod inficiari non potuit idem Vallasc. d.
cons. 94. num. 7. vers. Dices scio, ad fin. cum
vers. sequenti.
24 Illud in † proximis illationibus circa filios
naturales aduertendum est, quod quamuis assignari illis liberti nequeant, ex allata ratione,
si tamen succedunt parentibus æqualiter cum
legitimis, vel etiam non extantibus legitimis,
in ijs terminis, in quibus succedunt, ius quoque patronatus paternum consequuntur: nam
sicut bona parentum naneiscerentur, & inter
illa libertos inuenirent, nisi manumissi forẽt,
quos possent tunc manumittere, & ius patronatus consequi, ita etiam obtinere debent ius
patronatus, quod parentes, quibus succedunt,
nacti fuerant, vt ex hac ratione in simili constituit Imp. in §. vnico, vers. atqui, Inst. de fiduciaria tut. & licet in tit. de bonis libertorũ,
fiat mentio filiorum, naturalium, id ex eo prouenit, quia tunc temporis naturales nullatenus parentibus succedebant, sed tantum cœpit
mitigari à tempore l. humani, 8. C. de naturalibus lib. & Auth. Quibus modis nat., effic.
sui, §. si verò, & §. vlt. collat. 6.
25 Vnde vtiliter † inferes, quod si naturalis
filius sit legitimatus, seu potius dispensatus,
vt patri tantum succedat (vt alias vocat Paulus Castrensis, in l. pactum dotale, col. vlt. C.
de collationibus, vbi Alex. num. 5. idem Paulus, & Socinus, in l. falsa demonstratio, §. 1.
ff. de condit. & demonstr. Ias. in l. cum acutissimi, col. vlt. C. de fideicommissis. Couar. insignis præsul de sponsalibus, 2. parte, cap. 8. §.
9. vbi latè de legitimato, & dispensato. Costa,
in cap. si pater, 1. parte, verbo, si absque liberis, nu. 51. idem Costa, in §. & quid si tantum,
3. parte, nu. 23. estque communis opinio, quã
sequitur Gama, decis. Lusitana, 383. nu. 5. idẽ
Gama, decis. 11. nu. 4. & decis. 134. nu. 1. Lusitanus Cabedo, decis. 69. nu. 3. tomo 2. circa
quod vide elegantem declarationem Socini,
cons. 246. col. 2. vers. 1. legitimatio, quem sequitur Decius, in d. l. pactum dotale, nu. 15.
idem Dec. cons. 258. quamplures referendo,
nouissimè sequitur Cabedo, in decis. Lusitana,
69. nu. 8.) iste filius sic despensatus, etiam admittetur ad ius patronatus paternum, quidquid dicat Gama, d. nu. 5. ante finem, secundum quem iudicatum fuit: nam hæc successio libertorum paternorum non est diuersa à
successione parentum; etenim, nisi libertus
à patre

à patre præfati filij dispensati, fuisset manumissus, transiret cum alijs paternis bonis ad filium dispensatum: & posset tunc dispensatus illum manumittere, & consequenter Ius patronatus, & legitimam successionem consequi; ergo manumittente patre etiam talis filius dispensatus paternum ius patronatus consequetur, vt in simili infert Imp. in d. §. vnico, vers. atqui, Inst. de fiduciaria tit. qui dum loquitur in legitima tutela libertorum, etiam concludit in successione, iuxta regulam l. quo tutela, ff. regulis iuris. Vnde licet dispensatio dicat filium soli patri posse succedere, nihilominus etiam dicemus posse succedere libertis paternis: quia in effectu quodammodo est patri succedere, & in bonis paternis; aut saltem in hæreditate paterna, inuenit ius illud patronatus, ratione cuius succedere potest liberto paterno: nam ius patronatus quodammodo sufficitur, ac subrogatur in locum iuris dominici, quod patronus ante manumissionē in seruos habebat; quæ suprapofita resolutio ex eo potissimum corroboratur, quia dispensatus, in terminis, in quibus succedit, tamquam vere legitimatus censetur. Paul. Castr. conf. 209. sequitur Dec. conf. 52. & conf. 264. notat Lusitanus Cabedo, d. decis. 69. nu. 7. & consequenter tamquam filius hæreditatem paternam consequitur.

26 Hunc † autem naturalem dispēsatum, licet ad ius patronatus paternum admitti dicamus, non proinde tamen in eo vllo pacto assignatio liberti fieri potest, aut facta sustinebitur, ac si simpliciter naturalis esset: in eo enim non verificantur requisita S. c. de quo in d. l. 1. in princip. ff. de assign. libert. non enim ex legitimis nuptijs procreatus, nec consequenter in potestate est, solumq; eidem concessi sunt effectus legitimorum liberorum, secundum formam concessionis; & quamuis in emancipato de iure Prætorio assignationem validam dicamus, id tamen ad hunc casum protendi nequit, ex diuersitate rationis, quam supra in emancipato expendimus.

27 Septimo † infertur ad illam quæstionem, an assignatio facta in vno ex duobus filijs in potestate, sustineatur, si alter emancipetur, in quo facta non etat. Mouet dubitandi rationē: quia S. c. de assignandis libertis, requirit, vt duo, pluresue sint in potestate, vt vni ex illis, qui in potestate sunt, assignatio fiat, aliàs fieri nequeat, d. l. 1. in princ. & d. §. datur, & ideo si vnus tantum sit in potestate, quamuis alij plures emancipati extent, ei, qui in potestate est, assignatio fieri nequit, vt satis probatur in proximè relatis iuribus, ex ea scilicet ratione: quia ille, qui in potestate manet, citra assignationem solus vocaretur ad ius patronatus paternum, vnde, cum assignatio in præfatis terminis deueniat ad casum, in quo incipere nequit, inualidari debet, præcipuè, cum insuper frustranea videatur, ex supradicta ratione.

Verum hæc omnia concludunt de iure tantum ciuili, quo attento, emancipatus extraneus reputatur, vt supra tetigimus, & consequenter, ille, qui in potestate manet, quasi vnicus successor, citra assignationem idem ius patronatus solus consequitur; atq; ita nihil mirum, quod in prædictis terminis de iure ciuili frustranea maneat, inutilis, atq; irrita talis assignatio. Attamen, quia de iure Prætorio emancipatus etiam admittitur ad ius patronatus paternum, & per consequens, ad bona libertorum, cū ijs, qui in potestate sunt, & aliquando illos excludat, vt probat l. 2. §. vlt. l. libertinus, qui patronum, 5. §. vlt. l. quod si pater 1 1. l. si patronus testamento, 12. §. vlt. ff. de bonis libertorum, cum mille alijs, & supra tetigimus: sine dubio vtilis manebit prædicta assignatio quoad ius prætorium; & ipse Prætor, qui emancipatum vocat ad bona parentum, indemnem seruabit assignationem factam in eo, qui solus in potestate mãsit, ne emãcipatus cōtra voluntatē patris ad idem ius patronatus simul admittatur.

28 An autem sicut † de iure Prætorio sustinetur assignatio facta quando vnus emancipatur, altero remanente in potestate, cui assignatus fuerat libertus: ita etiam possit de nouo fieri ei, qui solus est in potestate, altero, vel pluribus emancipatis; & certe, de iure ciuili non poterit, propter aperta verba d. l. 1. & d. §. datur; nec de iure Prætorio quidquam in hac specie statuitur. Verum pater poterit emancipatum aliter remouere, quod multis modis fieri potest; vel etiam si assignauerit, licet inutiliter, adhuc tamen Prætor æquitate suggerente, ut ultima uoluntas exitum habere possit, assignationem confirmabit, argumento l. 1. 2. & 3. cum sequentibus, ff. de confirmando tutore, in quibus Prætor inutiles attento iure dationes tutorum confirmat. Faciunt, quæ argumento quoque l. si filio, 6. ff. de confirm. tut. tradit Lusitanus Caldas, in l. si curatorem, C. de in integr. restit. minorū in principio, n. 4.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu Auth. de nuptijs, § si vero decretum, vers. & multo potius, collat. 4. a n. 1. & præcipuè, à n. 6. & n. 12.

Res habita pro derelicto, occupanti conceditur, ibid.

Homo liber non præscribitur, ibidem.

Proponitur prima interpretatio ad d. vers. & multo, n. 2. quæ amplexatur. à n. 5.

Seruus languens à domino neglectus, & dimissus, statim fit liber. ibidem, & n. 5. vbi limitatur.

I Pro-

CAPVT IX.

Ad Imp. Iustin. in Auth. de Nuptijs, §. si vero decretum, vers. & multo potius, Collat. 4.

1 
Cribit Cæsar. *Et multo potius hæc valeant, si contigerit dudum, seruum, aut ancillam, seu languentes dereliquisse, seu etiam contempsisse: aut etiam amisisse super dominio aduersus eos voluntatem. Illi namque ipso iam constituti liberi, secundum pro derelicto suum sui, & non aliorum existentes, non in posterum inquietabuntur ab his qui possidere eos olim odio habuerunt.*

Singularis est iste textus, & in eo constituit Imp. q̄d si ille, illaue, qui cū ancilla vel seruo cō trahat

trahat matrimonium, quem, quamue dominus, vt languentem dimisit, vel pro derelicto reiecit, recte contrahit matrimonium, & liber constituitur. In quo innuit, per titulum pro derelicto, seruum liberum fieri, vt patet ibi: *Et secundum pro derelicto titulum, sui, & non aliorum existentes*, &c. in quo maximè refragatur l. 1. & l. vlt. ff. pro derelicto, vbi ex eo, quod occupanti acquiritur res habita pro derelicto, & indiget manumissione, vt in d. l. vlt. satis ostenditur, liberã nõ constitui: nec .n. homo liber alterius aliqualiter fieri põt, l. vlt. C. de p̃script. quæ pro libert. §. sed aliquando, Inst. de vsucap. immo nec scienter possideri, l. cũ hæredes, §. vlt. ff. de acquir. poss. l. qui vniuersas, §. 1. infra eod. tit. & notant vtrobiq; Doctores.

2 Ad propositam † difficultatem tollendam triplex extat glossatorum opinio, vt per Accurt. in nostro vers. & multo, verbo contempsisse. Prima est distinguentium inter languentes, & ualidos dimissos, vt scilicet languentes statim sui iuris fiant, l. scimus, §. sed scimus, C. de Latina libertate toll. Lusitanus Cabedo, decis. 186. nu. 7. Non ita in secundis; immò occupari possunt à quouis, d. l. 1. ff. pro derelicto. Ab hac tamen distinctione recedere videtur glossa ibidem, dum vltimam, & diuersam sententiam veriorem dicit. Potest etiam contra hanc primam concordiam adduci, quod non satisfacit nostro vers. & multo.

3 Secunda opinio † est, indistinctè tenentium hanc Auth. seruari, prout concedit libertatem seruo habito pro derelicto quamuis non langueat: sic correcta d. l. 1. ff. pro derelicto. Horum etiam meminit glos. verbo, à Lucio, in l. vlt. ff. pro derelicto. Ceterum, hæc opinio sustineri nequit, tum, quia leges non censentur in dubio emendatæ, l. præcipimus, 32. vers. vlt. C. de appellat. præcipuè in nouellis Constitutionibus, vbi Iustinianus, dum quid renouat, vel emendat, prolixioribus exordijs perpetuã iactantiam ostentat, vt aliàs aduertit Vigl. in Rubr. Inst. de inoff. test. n. 4. tum etiam, quia d. vers. & multo, videtur innuere, id non per correctionẽ iuris antiqui, sed potius ex dispositione ipsius prouenire, vt patet ibi: *Et secundum pro derelicto titulum sui, & non aliorum existentes*, &c. ergo malè inducunt d. vers. & multo.

4 Tertia, & † vltima opinio, quam sequitur Accurt. hic, distinguit inter casum, quo habitus pro derelicto se gerit pro libero, & tunc, inquit, procedit d. versiculo, & multo; vel non se gerit pro libero, & tunc procedit (inquit gloss.) l. vlt. ff. pro derelicto, hoc est, habetur pro derelicto, & occupanti conceditur, vt aliàs tenuit Cabedo, d. decis. 186. n. 3. Verum hæc glossæ opinio deficit, & violat, dum supponit in hoc textu seruum se gessisse pro libero, cum textus apertè decidat, quod non per longam gestionem pro libero (vt aliàs requiritur in l. 2. C. de præscriptione longi temporis, quæ prolibert.) sed statim, & secundum pro derelicto titulum liber fiat. Et certè, si per longã pro libero gestionẽ, seruus habitus pro derelicto libertatem consequeretur, neutiquã talis libertas diceretur competere ratione tituli pro derelicto, vt volebat d. vers. & multo, sed potius præscriptionis, vt vult apertè d. l. 2.

5 Vnde † his, & alijs omissis, verior resolutio mihi videtur, quam supra primo loco retulimus, distinguens inter languentes, & ualidos, pro derelicto habitos: vt illi statim, & simpliciter liberi fiant, d. l. vnica, §. sed scimus, cuius decisio limitatur in terminis l. sed si damnum, §. sipse, ff. de peculio, vbi glos. verb. effectum. At verò validi pro derelicto habiti, primo occupanti acquirantur. Quam sententiam tenuerat sibi contrarius, Accurt. in d. l. vlt. ff. pro derelicto, verbo, Lucio, & eandem sequitur ibidem Iacobus Cuiacius.

6 Huic † tamen resolutioni obstat fortiter noster uers. & multo, vbi in validis seruis derelictis videtur resoluere, quod statim fiunt liberi, vt supra notauimus. Dupliciter vero respondetur. Primò, d. vers. & multo, loqui in languente, siue is dimittatur, siue habeatur pro derelicto, vt sentit Bart. ibidem, ita, vt illud verbum (*languentes*) in principio positum, de quo ibi: *Seu languentes dereliquisse, seu contempsisse, aut etiam amisisse super dominio aduersus eos voluntatem*, videantur influere in omnia verba sequentia; vt sit sensus, seu languentes dereliquisse, seu vt tales contempsisse, aut etiam aduersus eosdem languentes amisisse super dominio voluntatem. Quæ interpretatio violenta quidem non est, & tunc admittamus eos ipso facto fieri liberos, iuxta d. l. unicam, §. sed scimus, C. de Latina libert. toll.

7 Vel † secundò responderi potest, licet admittamus d. vers. & multo, quoad titulum pro derelicto, loqui tantum de seruo valido, vt magis innuunt illa verba, ibi: *Aut etiam amisisse super dominio aduersus eos voluntatem*, quo casu, non languoris causa dimissos intelligit Imper. sed potius eos, quos quis in numero rerum suarum habere nolit, & ob id pro derelicto habeat, vt ita secundũ modum ostendat quo dominus seruorum suorum amittat dominium. Adhuc verissimè satisfacias, dummodo intelligas d. vers. & multo, procedere iuxta præcedẽtia, quatenus seruus habitus pro derelicto, liberæ personæ matrimonio coniungitur, vt certè intelligi debet, & ita Bart. & reliqui interpretantur. In quibus terminis seruus habitus pro derelicto, liber permanet, quasi libera persona, cui matrimonio coniungitur, talem ser-

uum iure dominij occupatum ex titulo pro derelicto, manumiserit, vt facere poterat, iuxta d.l. vlt. ff. pro derelicto.

8 In quo ob fauorem † matrimonij duo specialia confluunt. Primum, quod licet ad effectum, vt quis possit suum facere seruum habitum pro derelicto, requiratur scientia habitionis pro derelicto, l. 2. l. si id quod, 5. ff. pro derelicto, vt ita occupans possit libertate donare. In nostris terminis fauore matrimonij, sufficit, quod sit habitus pro derelicto, & coniugatus, quamuis coniux huius serui habitionẽ pro derelicto ignoret. Quod probatur ex serie huius textus in præcedentibus, quibus æquiparat hunc casum: constat autem in præcedẽtibus Imper. loqui de eo, qui ignoranter iungebatur ancillæ alienæ, quod si voluntate, vel malitia domini fiebat, statim libera euadebat, matrimoniumque de iure ciuili subsistebat. Id multo fortius procedere docet Imper. in nostro vers. & multo. Atque ita supponit data eadem ignorantia, in tribus casibus valere inter liberum, & seruam, scilicet, ex consensu domini, vel malitia, vel præcedenti habitione pro derelicto.

9 Secũdum † speciale fauore matrimonij est, quod licet ad effectum, vt seruus habitus pro derelicto, & occupatus libertatem consequatur, requiratur, quod expresse manumittatur ab occupante, l. vlt. ff. pro derelicto, in nostro tamen vers. & multo, non requiritur talis expressa manumissio ex parte mariti liberi, vel vxoris. Quod probatur: quia textus decidit, statim liberum fieri: & tamen iuxta supra dicta, loquitur de marito, vel vxore liberæ conditionis, ignorantibus seruilem conditionem coniugis, ergo non requiritur expressa manumissio.

10 Facit in † simili l. 2. vers. vlt. iuncta glossa, verbo, pertimescere, & l. si is qui, 13. C. de captiuis, vbi etiam glos. verbo, tibi remisso, & vtrobique Bald. & Doctores, dum decidunt mulierem ab hostibus redemptam, (quæ interim dum pretium redemptionis non soluit, est in potestate redimentis l. qui testamento, 20. §. 1. ff. de testamentis) si matrimonio redimẽtis copuletur, eo ipso libera omnino fit à tali nexu, quasi tacitè remisso.

11 Ratio † prædictorum est: quia cum attento iure Romanorum, cum seruis matrimoniũ intelligi nequiret, d. §. si vero decretum, ibi: *Sed ipso initio matrimonium non fieri secundum prius à nobis dictam causam, propter inæqualitatis fortunam*, &c. ibidem notat Bart. & Doctores, probatur etiam in l. 3. C. de incestis, & inutilibus nupt. I.c. Paul. lib. 5. Sententiarum, tit. 20. vers. inter seruos, vbi Cuiacius, notat glos. verbo, ciues Romani, vbi sequuntur omnes, in princip. Inst. de Nuptijs latè comprobat Lusitanus Caldas, in l. 3. verbo, sine curatore, nu. 92. C. de in integr. restit. minorum Alciat. lib. 3. Peregr. ca. 16. vnde qui iungebatur seruili, vel quasi seruili personæ, potens illi libertatem elargiri, elargitus credebatur fauore matrimonij, & iustæ subolis, d. l. si is qui, ibi: *Dignitate nuptiorum, & voto futuræ iustæ sobolis*, &c. Quemadmodum etiam vt matrimonium possit subsistere, libertas data censetur à vero domino, cuius voluntate vel malitia, serua, vel seruus, libero, vel liberæ, ignorantibus coniungitur in matrimonium, iuxta d. §. si vero decretum, vers. hoc autem, cum sequenti.

12 Adhuc † tandem prædictis obstare videtur noster vers. & multa, ibi: *Secundum pro derelicto titulum, sui, & non aliorum existentis*, &c. vbi ad solam qualitatem tituli pro derelicto, videtur Imper. referre libertatem competentem seruo valido dimisso. Verum respondetur ex dictis Imp. decidisse: nam cum per matrimonium seruus, vel ancilla esset à coniuge libero, quasi occupata per matrimonium, nec requireretur expressa manumissio, ad effectum, vt seruilis conditionis coniux libertatem consequeretur, idque ob fauorem matrimonij, vt potuisset subsistere, & liberis hominibus repleretur ciuitas, l. 1. ff. soluto matrim. merito inquit Imper. hoc totum originaliter prouenire ex titulo pro derelictò, mediante quo, etiam ignoranti coniugi libero coniux seruus acquiritur, & tacitè manumissus intelligitur.

13 Ex † dictis colligitur, quod attento iure Romanorum, si quis propriam seruam in matrimonium sibi iunxisset, eo ipso libertatem concedere videretur, argumẽto nostri vers. & multo, vbi vt sustineatur matrimoniũ, quod cõstat partes celebrare velle, inducitur tacita quædã manumissio in seruo, quasi occupato à cõiuge & eiusdem facto ex tit. pro derelicto; magis in specie est text. in d. l. si is qui, 13. C. de captiuis.

14 Nec † obstat primò l. vlt. C. communia de manumiss. vbi ancilla ex eo, quod sit in concubinatu domini, non eripitur in libertatẽ in vita domini: id enim prouenit, quia concubinatus cum serua propria haberi poterat, vt patet ex d. l. vlt. bonus textus, in l. penult. vbi notat glossa, ff. de priuileg. credit. l. deniq; 8. ff. de pignoribus, notat glos. verbo, ingenua, quã Doctores sequuntur, in l. 3. ff. de concubinis. Vnde nihil erat, quod necessariò induceret tacitam libertatis dationem: nec enim sola domini affectio id operari poterat, licet alios inferiores effectus produceret, nimirum, vt talis ancilla post domini mortem libera euaderet, vt inferius latius notabimus: itidem si erat liberta, non poterat dominus ab illa operas

promi-

promissas, aut debitas exigere, l. liberta si in concubinata, ff. de operis libertorum. At si ancilla non quidem in concubinatu, sed in matrimonio domini moraretur, eo ipso libertatem consequeretur; quia legitimum coniugium cum serua haberi non poterat, ut diximus.

15 Non obstat † tandem §. eadem, Inst. quibus ex causis manum. ibi: *Aut ancillam matrimonij causa*, &c. vbi in domino minore 20. annis requiritur realis, ac expressa manumissio propriæ ancillæ, cum qua vult copulari: immò & causa talis proponi debet apud consiliū, nec id ad ætatem referendum est, cum in copulandis nuptijs, eius tantum spectetur voluntas, de cuius coniunctione agitur, non verò curatoris, aut cognatorum, l. in copulandis, 8. C. de nuptijs. Verum respondetur, id quidem prouenire, quia minor 20. annis non coniungebat statim sibi ancillam in vxorem, (id enim si fecisset, eo ipso libertas competeret) sed potius illam prius manumittere volebat: ne aut manumissio impediretur, vtpote à minore 20. annis facta, propter prohibitionem legis Æliæ Sentiæ, causa illa futuri matrimonij proponebatur apud consilium, quæ iusta reputabatur: ob id ad libertatem consequendam opus erat expressa illa manumissione, cum in ea prius mensura esset, quam ad matrimonium perueniret. Et quod hoc totum proficiscatur ex eo, quod antea concedatur libertas, quàm matrimonium subsequatur, ex inde patet, quod tenebatur minor ille manumissor promittere se intra sex menses in vxorem ducere, ut ibidem probatur; immò, & super hoc iusiurandum præstare apud consilium, l. si collactaneus, &c. uers. vlt. ff. de manumiss. vindic. ne scilicet in fraudem legis manumissio facta maneret, simulata causa; ergo manifestè probatur, hoc totum procedere ex eo, quod libertas prius danda erat, quam matrimonium contraheretur. Si autem minor dominus sibi voluisset statim ancillam iungere, statim quoque libertas tacitè competeret, quam sicut lex Ælia Sentia probat, & conferri permittit ob futurum matrimonium, ita & tacitè collatam confirmabit, ob iam contractum, quod vt teneret, de iure ciuili æqualitatem fortunæ habere debebat. Vnde illud deduco, quod attento eodem iure, in terminis, in quibus quis potest giusta causa manumittere, (& giusta causa matrimonij reputatur) nubendo propriæ ancillæ, libertatem illi tacitè conferre tenetur, & tacitè collata omninò valida erit.

16 Quid † autem si è conuerso, mulier proprio seruo se iungat, & quidem si constat aperte in maritum esse cooptatum, puto etiam matrimonium tenere, & dominam esse extra legis pœnam, & libertatem tacitè seruo competere de iure ciuili, quod recipietur in terminis l. si patrona, 13. ff. de ritu nuptiarum aliàs verò minimè, iuxta l. 3. C. de Nuptijs.

17 Si verò † coniunctio dominæ cum seruo occulta fecerit, & libidinis causa, vt præsumitur, tunc mulier subiugabitur pœnis, quas edidit Constantinus Imperator, in l. vnica, C. de mulieribus, quæ se proprijs seruis iunxerunt; & quod constitutio loquatur in coniunctione illicita, patet ibi: *Si quæ cū seruo suo occultè rem habere detegitur*, &c. propterea autem dicitur (*occultè*) quia eo ipso, quod occultè iungebantur, ostenditur animus luxuriādi potius, quam nubendi, vt in simili eleganter docet I. consul. Paul. in l. vlt. ff. de ritu nupt. vbi grauius punitur clandestinus incestus, quam publicus: si tamen etiam palam rem haberent, eadem pœna punirentur, vt ibidem ponit glos. prima, dummodo non constitisset licitè misceri, quod palam facto præsumeretur, cum apud Romanos solus contrahentium consensus requireretur ad nuptias, l. in copulandis, C. de Nupt. & ne delictum in dubio præsumamus, contra regulam l. nec adiecit, ff. pro socio. Adhuc tamen partes hæc præsumptio non releuabit ab onere probandi, propter regulam l. nuptias, non concubitus, sed consensus facit, ff. de regulis iuris, iuncta glossa. Illud ita que operabitur actus, quo mulier proprio seruo palam miscetur, vt nimirum admittatur ad probandum legitimum matrimonium prętuio consensu, ex quo per antecedens necessariū libertatis datio tacitè inducebatur. Quod non ita reciperetur, si occultè rem habuisse detegeretur: & ob id non sine mysterio Imp. apposuit verbum (*occultè*) quidquid glossa prima ibidem dicat, id curialiter potius dictum, quam necessariò. Nec in hoc casu proficiet mulieri dicere se suo seruo nubere velle; cum pœna Constantini ob facinus perpetratum imponatur, ad quam euitandam talis allegatio fiebat. Itidem ne hoc subterfugio lex fraudaretur omninò, & mulieres liberè in sua corpora peccarent; quidquid in terminis contradicat Viglius in §. est tamen casus, numero 2. Instit. de hæredibus instit. Quamuis ego coniugium inter tales personarum etiam de iure ciuili admittam, modo supra posito; Qua sententia apud Lusitanos in simili comprobatur, ex Ordin. lib. 5. titulo 24. vbi pœna vltimi supplicij imponitur ei, qui rem habet cum consanguinea, vel affini, aut famula eius, cum quo locatis operis suis degit, quamuis dicat, & probet se duxisse illam in coniugem cum qua rem habuit. facit in simili alia Ordin. Lusitana, eodem lib. 5. tit. 27. §. vltimo.

18 Illud † autem ad pleniorem exornationem nostri vers. & multo, quæri potest, an procedat etiam de iure canonico, supposita nostra interpretatione? Ratio dubitandi est; quia eo attento, tenet matrimonium cum seruis, cap. 1. de coniugio seruorum, & in eleganti quæstione circa communicationem bonorum supponit Lusitanus, Cabedo, decis. 150. tomo 1. Vigl. in d. §. est tamen, num. 2.

In qua quæstione duos casus distinguendos reor. Primus casus est, quando coniux liber sciebat alterum coniugem esse seruum, habitum pro derelicto. Secundus casus, quando ignorabat.

19 In Primo † casu tenet matrimonium, iuxta d. cap. 1. de coniugio seruor. & coniunx seruus interim dum à coniuge libero non manumittitur, manet in eius dominio, ex l. 1. ff. pro derelicto. Facit d. l. vlt. C. communia de manumiss. ducto argumento à concubinatu, de quo ibi; & iunctis ijs, quæ supra ad ipsam notauimus.

Nec tunc obstabit textus in nostro vers. & multo, vt supra explicatus; Ratio est: quia cum matrimonium sustineatur cum seruis, d. cap. 1. cessat necessitas tacitè inducendæ libertatis; quæ tamen ob rigorem iuris ciuilis non cessabat in terminis nostri textus; vnde in his terminis poterit liber coniux libertatem concedere coniugi seruo, vel aliàs iure dominij possidere.

20 Nec † absurdum videbitur, quod eadem maneat coniux, & serua coniugis: quia etiam non inconuenit, quem esse filium, & seruum patris, l. vlt. ff. pro derelicto, d. l. vlt. C. communia de manumiss. notat glossa, verbo, patrem, in §. eadem, Inst. quibus ex causis manumitt. Lusitanus Gama, decis. 86. nu. 1. Ord. Lusitana lib. 4. tit. 92. in fine principij. Cum etiam attento antiquo & antiquato iure ciuili, vxores in potestate maritorum essent, si v. g. in manum conuenissent, vt tradit Vlp. in fragmentis, tit. 9. explicat Duarenus, in tit. ff. soluto matrimonio. cap. de nuptijs, in princip. & non solum in mariti manum, mancipiumque, sed in eius, in cuius maritus manu, mancipioque esset, transibant, vt refert Gellius, lib. 18. Noct. Atticar. cap. 6. ad finē, & ita eidem fiebant suæ hæredis, vt testatur idem Vlp. in fragm. tit. 22. qui hæredes instituti, vers. sui, ibi: *Et nurus, quæ in manu est filij, quem in potestate habemus*, &c. meminit etiā Gellius vbi proximè. Dionys. Halicarnassæus, lib. 2. antiquit. Romanar. ante med. faciunt alia Vlp. loca in fragm. tit. 23. §. 1. & tit. 29. in principio. In mariti quoque potestatem quodamodo dominicam transibant vxores, coemptione scilicet (qui erat alia nubendi lex) vt videre est apud Calepinum, verbo, coemptio, & reliquos verborum expositores; Hucq; spectat illud Ciceron. in orat. pro Flacco. ibi: *In manum conuenerat, sed quaro, vsu? coemptione?* &c. de his tamen alibi latius.

21 Supradictis † obstat textus in l. vnica, §. sed & si quis, C. de Latina libert. toll. & nostram Auth. in d. §. si vero decretum, per totum, in quibus iuribus probatur, quod si maritus liber est, statim coniux ancilla fit libera; vel consensu domini, vel malitia illi copulata est, aut tandem habitione pro derelicto præcedenti.

Verum respondetur, id procedere ex necessitate ciuili, quia aliàs ea attenta, matrimonium fieri non poterat cum serua, d. §. si vero decretum, & superius comprobauimus. At de iure canonico sustinetur d. cap. 1. de coniugio seruor. secundum quod, cessante prædicta necessitate, cessare etiam videbatur prædicta legalis, vel interpretata libertatis datio. Vnde venit reprobandus Viglius, in d. §. est tamen casus, nu. 2. Inst. de hæred. instit. dum argumento d. §. sed & si quis, opinabatur etiam attento iure canonico libertatem tacitè competituram in terminis d. §. est tamen casus: nam fundamentum, cui innititur, nimium fallax est; de opinione tamen infra latius agemus.

22 Quamuis autem † dum ita viuit coniux habitus pro derelicto, fiat seruus coniugis occupantis, si tamen maritus liber prædecedat superstite vxore serua; in libertatem ipso iure eripietur, argumento à fortiori textus in d. l. vlt. C. communia de manumiss.

Illud tamen discriminis est in nostro casu, & casu d. l. vlt. C. comm. de manumiss. quod in hoc liberum est domino vendere, & quomodocunque alienare propriam ancillam, quam habebat, vt concubinam. At in illo, quo matrimonium constare dicimus, neutiquam marito libero, & domino tale quid permittetur, propter indiuiduam vitæ consuetudinem, iuxta princip. vers. nuptiæ, Inst. de patria potest. atque serua coniux liberæ loco habebitur, quoad ea, quę coniugum inter se sunt. in eoque adhuc dominij effectus manebunt, quod per talem coniugem seruam acquisita in solidum erunt mariti domini, nulloque modo, vel diuidentur inter ipsos, vel ad ancillam pertinere poterunt; Nec ex parte mariti domini communicatio bonorum fiet dictæ ancillæ, quæ aliàs apud Lusitanos fieri solet, ex Ord. lib. 4. tit. 48. quia ancillæ communicata, ratione dominicæ potestatis in dominum coniugem refluerent, argumento l. placet, ff. de acquir. hæred. §. item nobis, Inst. per quas person. nobis acquir. Faciunt in simili, quæ aliàs

aliàs tradit Lusitanus Cabedo, d. decis. 150. per totam.

23 In suprapoſito † primo casu, si seruus etiam contrahat matrimonium cū serua, quam scit habitam pro derelicto, valet matrimonium de iure canonico, iuxta d. cap. 1. de coniugio seruorum; & serua habita pro derelicta, acquiritur domino serui coniugis, qui per matrimonium illam quasi occupasse visus erat; & ita erit casus notabilis, in quo etiam hodie potest seruus sibi iure matrimonij coniunctam ancillam domino suo acquirere; cum illam occupet ex titulo pro derelicto, & statim debeat ex dispositione iuris in dominum traducere, d. l. placet, d. §. item nobis, quod olim etiam in libera muliere, quæ seruli amore bacchata se alieno seruo iungebat, Senatus consulto Claudiano statutum erat, cuius meminit Imper. in §. vlt. Inst. de succeß. sublatis, vbi eleganter Hispanus Pichardo, quod quidem sublatum est ex l. vnica, C. de S. consulto Claud. tollendo.

24 Quod verò † attinet ad secundum casum, quo maritus liber ignorabat vxorem esse seruam, habitam pro derelicta, resoluendum videtur quod (cum etiam de iure canonico ignorantia conditionis seruilis in altero ex coniugibus matrimonium fieri non sinat, cap. 2. in fine, & cap. vlt. de coniug. seruorum) fauor matrimonij, & simul libertatis euincet, vt in eo procedat dispositio nostri vers. & multo, vt supra explicaui, iuncto argumento textus, in cap. 3. ad finem, de coniugio seruorum, vbi matrimonium cum seruo vxore libera ignorāte, non tenebat: si tamen aliquo modo de iure libertas poterat competere, tempore, quo matrimonium intenditur dissolui, tunc sustinetur matrimonium, & libertas; & in nostris terminis facilius sustinebitur, quia cum ex simplici voluntate coniugis liberi libertas omninò possit competere, fauore matrimonij, & libertatis censebitur competisse, iuxta supradicta.

25 Si verò † seruus ignoranter contrahat matrimonium cum ancilla habita pro derelicta, vel è conuerso, sustinebitur quidem coniugiū, à cessante ratione d. cap. 2. ad finem, & cap. vlt. de coniugio seruorum, quia non præsumitur alter alterius abhorrere seruilem conditionem, quam ipse habet, & seruus habitus pro derelicto, poterit adhuc à quouis scienter occupari, iuxta l. 1. ff. pro derelicto.

Nec obstat, quod supra diximus, seruum, qui sibi in coniugem duxerat ancillam habitam pro derelicta, eandem domino acquirere: nam id procedebat in seruo sciente conditionem coniugis habitæ pro derelicta, quod omnino requiritur, vt quis sibi, vel alij acquirat, id, quod pro derelicto habitum est, iuxta l. 2. l. si id quod, 5. ff. pro derelicto. Nec etiam poterit in hunc casum serpere interpretatio nostri vers. & multo, quam supra posuimus: quia inter seruos matrimonium valet, quin ad libertatem perueniant.

26 Illud † hic etiam notabis, quod attento recentiori iure ciuili, si dominus sine vxore constitutus ancillam habeat sub nomine concubinæ, (seruam enim quatenus talem, nunquam apud Romanos licuit in vxorem habere, iuxta supra dicta) de eaque interim dum viuit, nihil disponat, (in eiusdem enim potestate domini ca manet) post mortem domini in libertatē eripietur ipsa, & soboles progenita, vt nouè constituit Iustinianus in d. l. vlt. ad finem, C. communia de manumiss. Caccialup. in l. si quæ illustris, nu. 8. C. ad S. c. Orficianum, quæ vt locum habeant, duo copulatiuè requiruntur, vt patet ex dictis, nimirum esse ancillam propriam, & in concubinatu domini, notat Lusitanus Gama, decis. 86. nu. 1. Quæ tamen constitutio non seruabitur apud Lusitanos, propter Ord. lib. 4. tit. 92. in fine princip. vbi requiritur manumissio domini, ad effectum, vt eiusdem filij habiti ex propria ancilla, liberi maneant, & possint succedere. Vnde à fortiori supponitur, ancillam in eadem seruitute mansisse, nisi etiam manumittatur; cum affectio sit fortior in filios, quam in concubinam; quæ si tacitè non extorsit libertatē in filios, multo minus in ancillam; Vnde colligitur d. Ord. Lusitanam esse correctoriam iuris communis, dum inquit: *Si por morte de seu pay fiquai forro*. id est, si morte patris manserit manumissus. Quod tamen intellige, nisi prædicta verba ad ius potius referamus, quam ad factum: ita vt manumissum eum intelligamus, dum aliter non est de eo dispositum à patre, iuxta d. l. vlt. quo casu Ord. Lusitana cōformis erit iuri communi: & tunc illius etiam obtinebit quoad libertatem ancillæ. Quod dubito, an recipiatur, propter relata verba, quæ magis sonant in factum, vt scilicet requiratur specialis patris manumissio, vt innuit Lusitanus Gama decis. 86. nu. 1. quamuis dictis duobus requisitis concurrentibus filium liberum effici sola morte patris sentiat, d. nu. 1. prope finem.

27 Pro coronide † aduertendum duxi, quod licet supradicta ita de rigore iuris procedant, attenta dispositione canonica, qua matrimonium constat cum persona seruilis conditionis, puto tamen, & æquissimum est; quod si dominus nubat propriæ ancillæ, vel è contra, eo ipso censeatur libertatem elargiri; Et quod attinet ad dominam nubentem seruo proprio; cum maritus caput sit vxoris, & cui

vxor

vxor tenetur obedire, cur admittemus maritum seruum, & dominam vxorem: quo maritalis potestas infringetur, itidem, & maritus acquiret vxori, cum ipse alias rerum vxoris sit dominus, l. doce ancillam, C. de rei vendicat. quæ, & alia similia suadent, ne maritus seruus maneat, quando domina eidem vxor est; quibus fundamentis sustineri potest sententia Viglij, ita resoluentis cum hæsitatione, in §. est tamen casus, nu. 2. Inst. de hæredibus instit. vbi tamen mouebatur quadam fallibili similitudinis ratione, vt supra aduertimus.

28 E † conuerso quoque dominus, qui propriæ ancillæ coniungitur, illi libertatem præsumitur elargiri, etiam attento iure canonico, quo matrimonium cum serua sustinetur: nam maritus vxorem tractare debet vt sociam, l. aduersus, 4. C. de crimine expilatæ hæredit. non vero habere vt seruam. Deinde præsumetur prolem velle procreare legitimam, argumento l. si is qui, 13. C. de captiuis, & consequenter successibilem, cum liberis parentes bona coaceruent, l. cum ratio, ff. de bonis damnatorum. Item maritus, & vxor vna caro censentur, vt attestantur sacræ literæ, & probat textus in cap. debitum, de bigamis, cap. 1. de coniugio leprosorum.

SVMMARIVM.

Late disputatur, vtr. coniuges, aut quilibet alij duo possint se inuicem in eadem charta scribere hæredes? à nu. 1. per tot.

Doctores, qui tenuerunt partem negatiuam, referuntur. d. nu. 1.

Recensentur fundamenta, quibus suadetur, non posse duos in eadem charta testari. à nu. 2.

In testamentis nihil superfluum debet interponi. d. num. 2. intellige omninò, vt nu. 19.

Testamentum vno contextu fieri debet. nu. 3. intelligi omninò, vt nu. 18.

Quomodo possint contractus misceri testamento. d. num. 3.

Videtur inconueniens, quod tabula testamenti viuo testatore publicentur. nu. 4. vide omninò numero 20.

Speciali est in testamento paterno, & pupillari simul, vt vnica solemnitas tantum sufficiat, numero 5.

Duorum simul testamenta non possunt fieri eadem solennitate. ibidem. & vide omninò à numero 21.

Fraudes possunt suboriri ex duorum testamentorum coniunctione. à nu. 6. & nu. 25.

In reciproca institutione superstitis mutatio non fraudulenta, sed necessaria est. nu. 7.

Potestas variandi testamenta non excludit fraudis rationem, nu. 8. & nu. 25.

Fraus ex partium mente, vel verbis, vel arte verborum colligitur. d. nu. 8.

Fraus in actibus mutabilibus clarius cernitur. ibidem.

Fraus, & fides in eadem materia versantur. ibidem.

Explicatur l. cum donationis, 34. C. de transactionibus. num. 9.

In persistentia facti testamenti cernitur constantia laudabilis, quam iuuant leges. Ibidem.

Quamuis liceat mutare testamentum, non tamen licet à principio simulare. nu. 10.

Conuentio, & modus, quo insidiari potest vitæ alterius, reprobatus est. nu. 11.

In reciproca institutione videtur subesse captatoria voluntas, quæ improbata est; num. 12. vide omninò. num. 42.

An inter paganos valeat scriptura, qua continetur, vt qui superuixerit alterius rebus potiatur; nu. 13. vide etiam à nu. 43. & nu. 61.

Referuntur, qui tenuerunt, posse duos in eadem charta testari. nu. 14.

Referuntur, qui tenuerunt posse coniuges in eadem charta inuicem hæredes scribi. nu. 15.

Referuntur, qui generaliter tenuerunt, posse quosuis duos se inuicem in eadem charta hæredes instituere. nu. 16

Duo bene possunt in eadem charta testari à numero 17.

Explicatur §. sed cum paulatim, ibi: Vno contextu, *Inst. de testam. ordinand. nu. 18.*

Declaratur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 80. §. 1. ibi: O entragarà ao tabelliano per ante sinco testemunhas. *ibidem.*

Explicatur l. cum antiquitas, 28. C. de testamentis. num. 19.

Non est inconueniens in iure, quod alterum ex duobus testamentis simul conditis publicetur altero testatore superstite: & quomodo id præcaueri possit. nu. 20.

Vna solennitas iteratò rogata, duplex est ex iuris censura. n. 21.

Solennitas, quæ à testatore proficiscitur, semper ab ipso adimpleri debet; aut per eum, quem ius suppleuerit. nu. 22.

Quando testator nescit scibere, testes nomen hæredes suis subscriptionibus declarare debent: vel per alterius personam testator scribi iubebit. ibidem.

Declaratur Ord. Lusitana, lib. 4. d. tit. 80. §. 1. dum loquitur de testatore, qui literas nescit. ibidem.

Apud Lusitanos omninò requiritur ad validitem testamenti, vt quilibet testator tradat sua manu testamentum tabellioni; & eidem interroganti, an sit illud suum testamentum, respondeat suum esse. nu. 23.

Quod declaratur non procedere, quando testamentum

CA-

CAPVT X.

Vtrum coniuges, aut quilibet alij duo, se inuicem possint in vna, eademque charta scribere hæredes?



1 Riuialis † quæstio est, vtrum controuersa, & quę indiget altiori indagine, quam a Doctoribus existimetur.

Et pro parte, quæ negat adiunt subtilissimi iuris interpretes Viglius in §. sed & vnum, nu. 3. Inst. de testamentis, & in §. igitur, nu. 2. Inst. de pupillari. (quem pro contraria inaduertenter retulit doctissimus Peregr. tract. de fideicom. Art. 33. nu. 62. insuper & locum corruptè citauit, nam pro §. pluribus, dicere debebat §. sed & vnum, Inst. de testam.) Sarmiento præsul Illustriss. lib. 2. select. cap. 4. nu. 3

Et in primis, rem altius repetendo, facit
2 pro hac sententia; quia † videtur hæc coniunctio testamentorum (vt inquit Viglius) subtilissimam illorum causam corrumpere, iuxta l. cum antiquitas, 28. C. de testament. ibi: *Nullo actu interueniente*, &c. & ibi: *Ea quidem, quæ minimè necessaria sunt, nullo procedere modo: quippè causa subtilissima proposita, ea quæ superflua sunt, minimè debent intercedere*; &c. iuncta glossa, verbo, superflua, vbi ostenditur, quidquid facti intercedit in testamento, quod ad illud necessarium non est, vel non conducit, id omne corrumpere causam testamenti. Quis autem non dicet alterutrum ex duobus testamentis simul coniunctis, esse omninò superfluum respectu alterius.

3 Facit † etiam l. hæredes palam, §. vlt. ff. de testament. §. sed cum paulatim, Inst. eodem tit. vbi requiritur, vt testamentum fiat vnico contextu, non intermixto actu extraneo. Quid autem magis extraneum, quam alterutrum ex dictis testamentis respectu alterius; & quamuis glossa, in d. §. vlt. verbo, alienum, ad fin. (cum qua transit communissima Doctorum sententia, vt per Angel. Paul. Imol. ibidem, & in d. l. cum antiquitas, vbi Ias. nu. 3. plures refert, & sequitur Lusitanus Gama, decis. 339. nu. 1. & decis. 381. nu. pariter 1.) dicat etiam interponi posse contractus: id tamen Doctores interpretantur, quando aliqualiter pertinent ad ipsam testantis dispositionem, vt innuit d. §. vlt. ibi: *Quid si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur*. aduertit Viglius, in d. §. sed cum paulatim, nu. 5. Gama d. decis. 38. in 4. Quomodo autem pertinere potest vnum ad alterum, ex duobus simul conditis testamentis, aut respiciat alterius testamenti, aut testantis necessitatem.

4 Deinde † absurdum videtur, tabulas testamentarias adhuc altero testatore superstite publicari, cum ordinariò testatores nullum scire velint, quæ ab ipsis disposita sunt, l. hac consultissima, C. de testam. & ita forsan cogeretur superstes suum testamentum mutare, vtpote patefactum.

5 Rursus, speciale † videtur in testamento paterno, cui subiunctum est pupillare, vt eadem solemnitas testium, signorum, & subscriptionum sufficiat: idque ex eo, quia testamentum patris, & filij pro vno habetur, vt inquit Vlpian. in l. patris, 20. ff. de vulgari. ergo duorum simul testamenta fieri non poterunt eadem solennitate, contra communem sententiam, quæ in terminis nostræ quæstionis dictat vnicam tantum solennitatem sufficere, vt tradit Ias. in d. l. patris, num. 1. vbi Bart. Aretin. Imola, & reliqui, Gomez. l. 22. Tauri, num. 17. plures refert, & sequitur Vallasc. Lusitanus Senator, consf. 7. nu. 3. tomo. 1.

Quod amplius conuincitur apertissimè: nam præfati Doctores, in d. l. patris, & plures, quos referens sequitur Vallasc. vbi proximè, nu. 2. citra controuersiam, & necessariò resoluunt, duorum in eadem charta testantium testamenta esse omninò diuersa, tam à parte rei, quam consideratione iuris; & simul agnoscunt d. l. patris, dum inquit, vnum esse testamentum patris, & filij, specialiter procedere in terminis, de quibus loquitur, vt videre est, per Vallasc. d. nu. 2. Vnde cum ex hac specialitate inferat I. c. in d. l. patris, prouenire, vt vnica tantum solennitas sufficiat: sequitur per peram citatos Doctores effectum ab speciali causa proficiscentem, ad causam omninò diuersam deducere.

6 Præterea, si † duo insimul testantur (non se inuicem instituentes) & vnanimi conuentione vnum tertium scribant hæredem, poterit superstes, vel etiam statim mutare suum testamentum, & fraudare defunctum; qui non aliter sua bona illi tertio reliquisset, nisi copulata prædictis, vt agnoscunt Oldrad. cons. 174. Hispanus Suarez, in l. quoniam in prioribus, 5. limit. ad ll. Regni, nu. 12. Traquel. de primogen. quæst. 68. nu. 1. & 5. Alciat. in l. licet inter priuatos, nu. 5. C. de pactis, Couar. in Rubrica de testament. 2. parte, nu. 8. plurimos referens. Sequitur Vallascus d. cons. 7. n.

nu. 7. qui tamen omnes id non obstare conclu dunt, quominus duorum simul in eadem charta testamenta non valeant.

Verum ipsorum responsiones non euitant propositam difficultatem: nam in primis dicunt hoc permitti in d. l. licet, inter priuatos, dum dicit, conuentionem inter milites ad bellum euntes de inuicem succedendo, valere in vim supremi iudicij, & consequenter esse variabilem, iuxta l. 4. ff. de adimend. legat. Nã
7 respondetur, † quod in inuicem facta institutione nihil inconuenit superstitis mutatio, imo necessaria est, cum in demortuo facta institutio iam fuerit effecta caduca: & solus, qui superstes est, fruitur bonis alterius, iuxta formã mutuæ successionis, de qua loquitur d. l. licet, in quam etiam resoluitur institutio reciproca.
8 Secundò † non euitat dicere, neminem posse ita sibi in testamento imperare, vt liberam tollat dandi, adimendi, ac mutãdi facultatem, l. si quis in principio testamenti, 22. ff. de legatis tertio; nam hæc ratio potentiam quidem variandi probat, non verò fraudis rationem excludit: etenim, fraus non ex immutabilitate actus, sed ex partium vel mente, vel verbis, aut arte verborum colligitur, vt patet ex l. 1. §. 1. vers. Labeo, ff. de dolo; iuncta glos. verbo, omnem calliditatem, & verbo, fallaciam, & verbo, machinationem. Immò fraus, & dolus magis apparet in actibus mutabilibus, quã immutabilibus: cum in istis necessaria sit persistentia; in illis verò sola fides inspiciatur, & consequenter fraus: nam in eadem materia fides, & fraus versantur.
9 Nec tandem euitabit dicere, † defunctum sibi imputare debere, quod non ante perpenderit reuocabilitatem testamentorum, & magis seipsum circumuenisse, quam ab altero circumuentum, argumento l. cum donationis, 34. C. de transact. Nam quod attinet ad scientiam reuocabilitatis testamentorum, id non tollit fraudis rationem, vt supra proximè notauimus. Deinde d. l. cum donationis, procedit, quando intercessit pactum, seu pollicitatio contra bonos mores, vt est omnis promissio de instituendo, iuxta l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum obligat. vbi communiter notatur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 70. §. 3. quę perinde est, ac si facta non esset, resistente, & irritante iure, vt ijdem AA. d. l. cum donationis, Diocle. & Maxim. constituunt, in l. ex eo, 4. C. de inutilibus stipulat. d. l. stipulatio hoc modo conc. vnde falli non debebat ille, cui tam inciuilis pollicitatio facta fuerat, & si illa inductus quid damni passus est, sibi imputet, cum ipse volẽs se passus sit decipi, vt patet in d. l. cum donationis, ibi: *Nec vnquam nolenti dolus infertur*. Quibus verbis ostenditur, inexcusabiliter seipsum decepisse. At ille, qui per calliditatem, fallaciam, & machinationem aliquem instituit, & facit actum à lege approbatum (supposito quòd simul testari liceret) in cuius immutabilitate, & perseuerantia laudabilem animi constantiam ostendit, quam & ius ipsum iuuat, dum non quolibet modo testamenta irritari permittit, §. ex eo autem solo, Inst. quibus modis test. infirm. & hoc modo induxit alterum ad eiusdem tertij institutionẽ, aliàs non factorum: postea que mutat testamentum, & institutionẽ, sine dubio decepit medio probabili, & alterũ
10 excusante. Immò † non tam mutat voluntatem (quæ semper eadem fuit, scilicet decipiendi tantum defuncti gratia, non verò coinstituendi tertij) quam potius materialem scripturam, & nudum corticem reuocat, & si quando licuit ita variare testamenta, nũquam tamen licuit simulare à principio, vt euenit in propositis terminis; quod inconueniens ex duorum simul testantium coniunctione proficisci notauimus.

Ex quibus colligitur, non debere permitti, vt duo simul in eadem charta testentur; & cõsequenter cessare terminos propositæ quæstio
11 nis. Et insuper, † quod non possint in eadem charta reciprocè hæredes scribi (casu quo simul testari liceret) suadetur ex sequentibus. Primò ex ratione l. vlt. C. de pactis, & l. qui superstitis, ff. de acquir. hæredit. vbi notant Scribentes, & in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum oblig. text. elegans in l. donari, §. vlt. aliàs l. quidam in iure, §. vlt. ff. de donation. Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 70. §. 3. quod omnis conuentio, vel modus, quo vitæ alienæ insidiæ tendi possunt, est omnino improbatus, vltra alios Lusitanus Cabedo, decis. 138. nu. 3. & decis. 164. nu. 1. & vlt. atqui ex reciproca institutione, qui debilior est, ac imbellior, subijcitur insidijs alterius; & vt generalius loquar, vtrinque adest periculum; dum quilibet emolumentum sibi obuenturũ securum reddere mauult: quo sine prætexto si alterum præmori non curat, saltem præmori non impedit.
12 Deinde, in † tali institutione reciproca, videtur reperiri captatoria voluntas, dum in effectu instituitur quis vt instituat; quæ quidem reprobatur per l. captatorias, 70. ff. de hæred. instit. vt in terminis ita securè tenet Sarmiento, d. lib. 2. select. cap. 4. nu. 3.
13 Tandem † magis in specie videtur obstare textus in l. licet inter priuatos, C. de pactis, vbi ab speciali probari videtur, quod inter paganos non valet scriptura, qua continetur, vt ille, qui superuixerit alterius bonis potiatur; in quam profecto formam resoluitur reciproca institu-

institutio, ergo &c.

14 Quibus fundamentis † hanc partem tenuerunt præcitati Doctores, Viglius, & Sarmiento. Verum pro contraria, immò quod valeat duorum simul in eadem charta testamentum, tenuerunt plurimi, Bart. in d. l. patris, ad fin. ff. de vulgari. Bald. & Doctores, in d. l. licet, vbi Decius, Lusitanus Gama, decis. 258. nu. 2. Iul. Clarus, in §. testamentum, quæst. 60. quod indubitanter receptum dicit insignis Vallascus, d. conf. 7. nu. 1. sequuntur omnes infra proximè referendi.

15 Et quod † coniuges se in eadem charta inuicem hæredes scribere possint, tenuit Oldrad. conf. 174. Bald. & Paul. nu. 3. Ias. nu. 3. Alciat. nu. 4. in d. l. licet, idem Paul. in d. l. patris, nu. 3. Tiraq. de primogenij, quest. 68. nu. 5. Couar. in Rubr. de testament. 2. parte, num. 8. idem Alciat. lib. 2. Parregon, cap. 31. vbi allegt l. 1. de testam. ex Codice Theodosiano, quæ de quadam coniugum Leoncij, & Iocundæ reciproca institutione cum laude loquitur. Eiusdem meminit id tenens Connan. lib. 10. Comment. cap. 6. nu. 6. Petr. Pecchius, de testament. coniugum, lib. 1. à cap. 17. Gama, decis. Lusit. 231. nu. 1. & decis. 245. alias 246. nu. 2. & hoc in praxi obseruari referens, sequitur Vallasc. d. conf. 7. nu. 6.

16. Et tandem † generalius, quod quilibet duo in eodem testamento se possint inuicem hæredes instituere, tenuit doctissimus Peregrin. tract. de fideicommiss. art. 33. nu. 62. vbi pro eadem allegat Bart. Bald. Salicet. Paul. Ias. Alciat. & alios idem tenentes.

Quid sequendum? nos, vt methodicè procedamus, præsentem inspectionem in tria membra partiemur; in Primo disputabitur, an valeat duorum simul in eadem charta testamentum; in Secundo, an coniuges in tali forma (supposito, quod liceat) se inuicem possint hæredes scribere; in Tertio, an hoc receptum in coniugibus, ad alios se inuicem in eodem testamento instituentes porrigatur.

Et quod attinet ad primum membrum, mihi videtur, non obstantibus, quę supra adducta 17 sunt, valide † testari posse duos simul in eadem charta; ita vt vnusquisque ostendat illam suam esse vltimam voluntatem, particulariter instituendo hæredem, vel legando, aut aliter disponendo: nam à parte rei sunt diuersa testamenta, vt marito tenuerunt omnes supra citati, Gama decis. Lusit. 231. nu. 6. late Vallasc. d. conf. 7. nu. 2. & certe hæc testandi forma à iure non apparet impugnata, vt colligetur ex solutione obiectorum; immò in ea interueniunt substantialia cuiusque testamenti; datur enim vtrobique iusta voluntatis sententia, iuxta l. 1. ff. de testament. abest omnis dolus, & coactio, si secundum se spectetur, concurruntque reliqua accidentalia, vt infra statim ostendemus.

Et in primis, quod attinet ad illam solemnitatem vnius contextus, quæ in testamentis requiritur; itidem, quod nihil superfluum re ipsa interueniat in testamento; quæ omnia videbantur infringi commixtione duorum testamentorum, vt supra dicebamus in prima difficultate.

18 Respondetur, † quod in testamentis in scriptis, qualia sunt ista, quæ simul, & in eadem charta fiunt, vnicus contextus consideratur, non quidem, quod testator, vbi primum finit suum iudicium, iam adsint testes, subscribant, & subsignent, sed potius, quod quandocunque retro sit factum testamentum, vno tempore, nullo tunc actu extraneo interueniente, omnes testes simul subscribant, & subsignent testamentum: hoc enim vno contextu fieri dicitur, vt constituunt Cæsares in l. hac consultissima, 21. C. de testament. ibi: *In omnibus autem testamentis, quæ præsentibus, uel absentibus, testibus dictantur, superfluum est, vno, eodemque, tempore exigere testatorem, & testes adhibere, & dictare suum arbitrium, & finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum, scriptumue proferatur testamentum, sufficiet vno tempore, eodemque die nullo actu extraneo interueniente, testes omnes videlicet simul, nec diuersis temporibus, subscribere, subsignareque testamentum*, &c. Eleganter explicat Vigl. nu. 3. vers. vno cõtextu, & reliqui, in §. sed cum paulatim, Instit. de testam. ordin. Secundum quæ obiter explicabitur Ord. Lusitana lib. 4. tit. 80. §. 1. ibi: *oentregara ao tabelliaoo perante finco testemunhas*, &c. id est, *illud* (scilicet testamentem) *tradet tabellioni coram quinque testibus*, &c. vt videlicet intelligatur nullus deinceps interuenisse actus extraneus, quousque tabellio, & testes subscribant, & subsignent testamentum.

Vnde cum duo simul testantes, suum factum testamentum eodem tempore omnibus testibus præsentibus nullo tunc actu extraneo intermixto subscribi, & subsignari iubent, vterque vno contextu testatus dicitur.

19. Deinde † testamentu alterutrius intermixtum non debet considerari superfluum respectu alterius: tum, quia sunt duo virtualiter separata, ac distincta, & ita nihil superflui reperitur, cum sint duo actus perfecti: tum, quia illud dicitur superfluum in d. l. cum antiquitas, 28. C. de testament. quod à testatore interseritur re ipsa & factis, non verbis, vt innuit gloss. ibidem, cui tacitè assentit Vigl. d. §. sed cum paulatim, nu. 3. vers. vno contextu, ante finem. At in nostra specie nihil superfluum ab vnoquoq;

vnoquoque ex testatoribus apponitur,quilibet enim de per se suum perfecit,nihil intermitten do superfluum.

Vel melius ac generalius responde,d. l. cum antiquitas, loqui in ijs terminis, quibus quis præsentibus testibus vult suum arbitrium statum dictare, & finire:& tunc quilibet actus interiectus extraneus respectu testamenti corrumpit illius subtilissimam causam ,& continentiam: & ita in ijsdem terminis inuicem vitiarentur dicta simul facta testamenta: at nos loquimur de testamentis , quæ duo in eadem charta simul condiderunt,& postea comproba re uolunt iuxta formam d.l. hac consultissima. Vnde resoluerem dicta duorum simul testantium vltima elogia tunc securè procedere, quando priuatim fiunt,vel etiam publicè, non tamen vt tunc vnum nondum perfectum post alterum vltimam accipiat perfectionem,iuxta terminos d. l. cum antiquitas, sed potius antea faciant, vt possint quandocumque corroborari, iuxta terminos d. l. hac consultissima, vt supra expo suimus.

20 Præterea ad † inconueniens, quod secundo loco ex Viglio obijciebamus circa publicationem vnius ex testamentis, in cuius consequentiam etiam superstitis, ac viuentis simul testan tis dispositio publicabatur. Respondetur id non apparuisse absurdum veteribus Iuris prudentibus,dum testamentum paternum,& pupillare coniungi,& impuberis adhuc superstitis mortuo patre publicari simul passi sunt:nisi pater ita formidolosus esset, vt in ima cera pu pillare clauserit, iusseritq; tantum mortuo pupillo resignari, §. sin autem quis, Inst. de pupillari. Vnde si quod ex alterius simul testantis reuelato iudicio incommodum suboriri possit,vel non testentur simul: vel huic discrimini supponantur: aut ad exemplum testamenti pupillaris,quando pater non vult vt publicetur simul cum paterno, ita illa duo componantur, vt quolibet cauente,ne se viuo proprium publicetur, eius tantum, qui decessit, publicari possit.

21 Quod † uerò attinet ad solennitates, quæ eædem dicuntur sufficere pro vtroque testamento, aduersus textum ab speciali contrariũ probãtem,in d.l. patris & filij,ff. de vulgari,vt tertio loco supra opponebamus. Respondetur, speciali quidem esse in testamento pupillari, iuncto paterno, quod eadem signa sufficiant; cum in veritate vnum & idem sit testa mentum, & ab unius patris uoluntate, & dispositione procedens l. 2. ff. de vulgari. principium,vers. nam moribus. Inst. de pupillari, nõ proinde tamen infertur,quod duobus simul te stantibus duplex solennitas testium v.g. sigillatim, ac realiter interueniat: sufficit vna, & eadem iterato rogata; quæ censura iuris duplex est, vt agnoscit Vigl. in §. igitur, numero primo, Inst. de pupillari, & ita debet explicari sententia Doctorum, quos supra retulimus, asserentium eandem solennitatem sufficere in duorum testamentis simul conditis.

22 Et hoc † intellige de solennitatibus, quæ extrinsecus testamento adueniunt: at eæ, quæ à testatoribus proficiscuntur, ab vnoquoque ex illis duobus simul testantibus separatim, ac realiter adimpleri debent: & ideo si literas sciant, vnusquisque debet nomen hæredes scribere; vel si literas nesciant, & ab alio scriptum sit testamentum dictante testatore (vt etiam fieri potest apud Lusitanos, ex Ordin. libro quarto, titulo 80. §. primo) adhuc nomen hæredes suis subscriptionibus testes declarare debent, l. penultima ad finem, C. de testamentis; vel per alterius personam nomen hæredis scribi iubeat, Authen. vt sponsalit. largit. §. quia vero, collat. nona (secundum quæ debet declarari dicta Ordin. Lusitana, proximè relata, in §. quinto) notant in terminis Paulus Cuman. Alex. in dicta lege patris, & filij; nam illa particularis declaratio de nomine hæredis à testibus in subscriptionibus facta, vel ab alio tertio iussu testatoris,supplet solennitatem à testatore implendam. Quam limitationem cum iudicio generaliter tradit doctissimus Lusitanus Iuris consultus Vallascus d. cons. 7. num. 4.

23 Vnde † cum apud Lusitanos requiratur pro forma testamentaria, vt testator tradat suum testamentum tabellioni coram testibus, & percontatus à tabellione an sit illud suum testamentum respondeat suum esse, Ordin. Lusitana, d. lib. 4. tit. 80. §. 1. vers. *& elle testador*. non aliter apud illos valebit testamen tum cuiusuis simul cum altero testantis, quin prædicta solennitas traditionis, & responsionis interueniat: vt in terminis tradit, & ita iudicatum in supremo Lusitano Senatu refert Vallascus, d. cons. 7. num 4. & ideo si simul testati in eadem charta, debent simul, vel successiue proprijs manibus tradere, & respondere tabellioni, illud esse suum vltimum, & completum iudicium. Aliàs ille, qui tale solenne non peregerit, intestatus decedit: pro parte verò eius,qui impleuit,sustinebitur, cum sint diuersa testamenta, quæ separationẽ recipiunt, & vtile per inutile tunc non vitiatur, vt in similibus terminis duorum simul tẽ stantium tradit Lusit. Gama, decil. 231. n. vlt.

24 Prædicta † illatio, quam ad Lusit. feci, debet necessariò intelligi, quando testamenti confirmationi interuenit tabularius: at si non

interueniat, tunc concurrentibus requisitis, de quibus eadem Ordin. Lusit. d. tit. 80. §. 3. sustinebitur vtrumque testamentum: scilicet, si interuenerint sex testes, cum qualitatibus de iure requisitis, & coram illis recitatum sit testamentum, vt etiam de iure hoc vltimum comprobat Couar. communem dicens, in cap. relatum, il. 1. n. 11. vers. oportet, de testamentis.

25 Tandem † obijciebamus fraudem, quæ poterat intercedere in duorum simul testamentis, quia poterat alter alterius fallacia instituere eundem hæredem, quem aliàs solus non instituisset: & statim, vel post mortem alterius, ille, qui deceperat, institutionem mutabat altero fraudato manente. Nam respondendum est, mutationem quidem testamenti liberam esse semper, vt vltra supra citatos in terminis agnoscit Viglius, in §. igitur, n. 2. Inst. de pupillari. Gama, decis. Lusit. 184. n. 3. & decis. 245. aliàs, 246. nu. vlt. & decis. 258. n. 2. Itidem inficiari non posse locum esse apertum fraudibus, & dolis, vt supra in argumento necessariò euicimus, nihilominus tamen ipso iure valida esse prædicta testamenta, quamuis fraus circa institutiones, aut quaslibet alias dispositiones contigisset, id enim non ad substantiam, & validitatem actus, sed effectum ipsius pertinet.

26 Vnde circa † effectum prædictæ institutionis distinguendum puto; Aut quis dolo ab initio inductus fuit ad instituendum aliquem certum in eadem charta, qua alter eundem instituebat, & postea testamentum, & institutionem mutauit; aut à principio dolum non commisit, verum vnanimi consensu, & conuentione præhabita eundem instituerant; aut tandem vterque eundem instituit nec dolo, nec præuia conuentione motus, sed forsan prouocatus facto alterius, & in his etiam duobus postremis casibus alteruter testamentum mutauit, quid dicendum?

In primo casu, puto validam esse institutionem, iuxta ea, quæ in cap. 6. num. 21. supra hoc lib. hæreditatemque per fiscum auferendam ab illo tertio instituto, quasi ab indigno, licet nulla eius fraus interuenisset: quia ad hunc effectum sufficit institutionem esse validam ipso iure, & institutum indignè capere renitente voluntate testatoris; secundum quæ nec ipse institutus retinebit, nec venientes ab intestato admittentur, vt latè comprobaui d. cap. 6. à n. 29. cum sequentibus, quidquid dicat Vallas. & ab eo relati d. conf. 7. n. vlt. vers. vlt. & qui dolum committit puniendus venit, iuxta ea, quę diximus d. cap. 6. a n. 35. & apud Lusit. in ijs terminis extra controuersiam erit duplũ damni dati ei, qui aliàs instituendus erat. Ord. Lusit. lib. 4. tit 84. §. 3. & si aliàs non constat de hærede, qui instituendus foret, punietur pœna extraordinaria, de qua l. 1. C. si quis aliquem testari, & notauimus d. cap. 6. n. 34.

27 In † secundo vero casu, liberè & impunè vnusquisque potest suum testamentum mutare: & cum in hoc par sit vtriusque conditio, neutri potest fraus, aut dolus imputari. Si tamen hæres scriptus hæreditatem alterius tantum consequatur, quia alter voluntatem mutauit; & constet in his terminis hæredem destitutum esse voluntate defuncti, cui successit, quia aliter non institueretur, quin vtriusque hæreditatem consequeretur, certe indignus est, & ab eo fiscus auferet, vt per textum ibi notat glossa, verbo, non valeat, in lege cum quidam, ff. de his, quibus vt indign. l. hæreditas, 4. C. eodem titulo, vbi indignus dicitur, qui deficitur voluntate defuncti. Faciunt, quæ passim tradidi d. cap. sexto, & in his terminis non retenturum innuit Purpurat. in dicta lege licet, num. 38. C. de pactis, quamuis venientes ab intestato, & non fiscum immeritò admittat.

28 Et hæc † resolutio sine dubio recipitur, quando ex præfatione institutionis appareat aliter non instituturum: quidquid contradicat Vallascus d. conf. 7. numero vltimo, vers. vltimo, in princip. nam licet præfatio illa non tollat institutionem, vt aliàs fecit in lege vltima, ff. de hæred. instit. ostendit tamen defectum voluntatis in tali casu: & iura supra citata non patiuntur quem retinere hæreditatem destitutum voluntate defuncti; immò fisco locum fore.

29 In † tertio tandem casu, non solum libera est alterius ex duobus simul testantibus mutatio, & inulta: sed & institutus à quolibet, qui cum effectu successit, firmè retinebit hæreditatem, quamuis alter testamentum reuocet; & institutionem mutet; quia tunc non præsumitur destitutus voluntate defuncti: nec constat alterum dolo alterius, aut sub ea conuentione instituisse, aliter non instituturum. Quod si constitisset, resoluendum adhuc esset, vt in præcedenti casu.

30 Quam † tricipitem resolutionem intellige, non solum in institutionibus, verum & legatis, & quibusuis alijs particularibus testamentarijs dispositionibus, vel per uiam maioratus, vel fideicommissi familiaris, aut cuiusuis alterius perpetui. Nam quomodocumque constiterit testatores non aliter relicturos, quam si ab altero etiam certa bonorum pars conferatur (quæ ab initio placuit) non retinebit relictum legatarius, aut fideicommissarius.

Vnde illud perquirendũ est in his particularibus

ribus relictis, quæ sine voluntate defuncti vel deferuntur, vel retinentur; an admittatur fiscus; vel hæredes scripti, vel venientes ab intestato, mouet quæstionem differentia, quam inter hæredum institutiones, & reliqua particularia relicta constituit glossa, verbo, denegabuntur, per text. ibi, in l. ex parte, ff. de adimend. legat. vbi Bart. & reliqui, quorum sententia communiter recepta est, vt notatur ibidem, & in l. 3. §. vlt. ff. eodem tit. & in §. vnico, Inst. de adempt. legat. de institutione latè Molina lib. 1. de primog. cap. 9. n. 24.

31 Et puto resoluendum, quod † si ex verbis testamenti constat de casu, quo vnus ex simul testantibus particulare relictum non dat, (si alter recedat à simili relicto,) censetur in eodem testamento ademptum, quibuscunque verbis id fiat, vt exprimit Imper. in d. §. vnico, Inst. de ademptione legatorum, ibi: *Sed alijs quibuscumque verbis*, &c. notat glos. magistra. in l. fideicommissum, 27. C. de fideicommiss. & tunc hæres scriptus vel tutus erit exceptione vt pote probata pœnitentia, iuxta d. l. fideicommissum, vel repetitione, si soluerit, cum indebitè solutum appareat.

32 Si verò tacitè constat † de voluntate defuncti, ex euentu secuto post mortem alterius, altero scilicet reuocante relictum, quo casu nuda voluntate ademptum videtur respectu etiam primi testatoris, vt aliàs notat glossa, verbo, alijs, in d. §. vnico, & in fortioribus terminis tradit Angel. ibidem, dum inquit, quod si post mortem testatoris aliquid contra ipsum fiat, quod si sciuisset antea, legatarius non foret, id quod relictum fuit, tacitè ademptum censetur; Idem tradiderat glossa vnica, ad finem, in l. fideicommissum, 27. C. de fideicommissis. Verum cum in his terminis sola exceptio competat hæredi, vt probat l. 3. §. vlt. ff. de adimend. legat. non aliàs eidem proderit ademptio, nisi retinendo; vnde consultè faciet, si interim dando cautionem, exigat ad reddendum, casu quo alter ex simul testantibus dispositionem reuocet; quam si omiserit, carebit repetitione, iuxta regulam l. ex quibus causis, ff. de condict. indeb. cum legatario iure ipso debeatur, vt notat glos. vnica, in d. l. fideicommissum, & satis innuit, d. l. 3. §. vlt. ff. de adement. legat. Attamen fisco tunc locus erit, argumento text. in l. post legatum, §. 1. ff. de his, quibus vt indign. ibi: *Ergo qui legatum consequutus postea falsum dixit, amittere debebit, quod consequutus est*, &c. nisi mauis (qđ & æquius est) cōditionē sine causa, hæredi ex tit. de codict. causa data, causa non sequuta, vel ex æquitate l. si me & Titium ff. si certū petatur. Quia creditur testator in vita ita disposuisse, alias non dispositurus alioquin si aliqua causa post mortem euenisset, quæ a testatore præcogitata non præsumeretur, & indignum redderet honoratum, fisco dumtaxat locus esset, l. 1. vbi Bart. ff. de his, quib. vt indign. multa, ac multos congerendo, eleganter tradit Molina, de primog. Hispan. lib. 1. cap. 9. à n. 44. cum seqq. & tunc habet locum doctrina Ripæ, in l. vlt. C. de reuoc. donat. quæst. 11. n. 38. & quæst. 45. n. 153. vbi distinguit inter ingratitudinem commissam in vita, & mortuo testatore: vt illa reuocet legatum; quia datur præsumptio mutatæ voluntatis; hæc verò legatum fisco deferat, quia iam non potest considerari præsumptio contrariæ voluntatis, Sequitur Molina, vbi proxime, n. 46. in supraposita tamen specie, ex modo disponendi, etiam in vita colligitur præsumptio mutatæ voluntatis, si postea contra fiat.

33 Ex quibus † sequitur, quod si duo simul testentur, & maioratum, vel fideicommissum familiare vnanimiter constituant, alias non constituturi: & vnus mutet testamentum; scriptus heres bona auocabit, si pro sua parte satisfecerat; & ex verbis testamenti aliqualiter constiterit hoc casu à defuncto non esse constitutum, & consequenter ademptum, iuxta supra dicta, & a fortiori retinebit eadem bona, si adhuc non tradiderat.

Si vero aliundè colligatur tacita adimendi voluntas, hæredi exceptio competet, vel repetitio; dummodo accepta cautione præstitisset. Alter fisco locus erit, vel etiam hæredi, quod æquius supra putamus, & ita nullatenus firma manebit illa maioratus, vel fideicommissi perpetui constitutio, quidquid contradicat Tiraq. de primogen. quæst. 68. Molina eodem tract. lib. 4. cap. 2. n. 84. & plures, quos referens sequitur Vallascus, d. cons. 7. n. 7. ad finem, & iuuat hanc resolutionem, quod forsan vnius testatoris bona non sufficiunt ad eas conditiones, & onera, quæ ad celebritatem memoriæ regulariter imponuntur; ex quo etiā, volūtatis defectus in testatore colligetur.

Quod sine dubio tuebuntur illi, quos refert, nec damnat Vallascus, d. cons. 7. n. vlt. vers. vlt. ad fin. qui dato, dolo vnius ex simul instituentibus, ob quem alter instituit, bona omninò auferenda dicunt.

34 Si uero † prædicti testatores liberè talem maioratum, vel perpetuum fideicommissum ordinassent; liberè quoque & impunè alterutter pro sua parte reuocabit, & manebit firmus pro parte, pro qua est constitutus.

35 Quid aūt † si vnus sit, & idē heres solus institutus, & in eo maioratus constitutus in prædicta forma? Resoluerem, hæredem non manere obligatū ad constitutionē maioratus, vel fideicōmissi perpetui si alter ex simul instituto-

ribus pro sua parte reuocat, & consequenter constat defuncti constitutoris voluntatem defecisse, iuxta supra dicta: Nam sicut in propositis terminis heres ab alio tertio repetit, vel non dat, quando in illo constituendus erat; & tunc bona libera penes ipsum hæredem manent: ita & in hoc casu apud eundem libera manebunt. Quod intelligo, si prædicta quęstio solum vertetur in constitutione maioratus: si vero de institutione simul agatur, tunc seruanda sunt, quę supra diximus, de hæreditatibus, vt scilicet fiscus vniuersa auferat, si auocanda sunt.

36 Ex quibus † longè repetitis patet, quod duorum simul testamenta in eadem charta fieri possunt, quia forma talis improbata non est; & si aliquid sinistrum occasione huius coniunctionis contigerit ex malitia partium, id aliud de medendum: nec interim considerandum est, cum substantiam actus non attingat.

37 Quam † resolutionem sicut in duobus simul testantibus admittimus, ita in pluribus non excludimus, cum ratio eadem vtrobique sit: nam vbi primum duorum patimur, necessariò admittere debemus plurium coniunctionem in eadem charta testantium.

38 Denique † nostra quęstio non proponitur in nuncupatiuo testamento: nam per nuncupationem duo, pluresue semper simul testari in eadem charta potuerunt; nec vnquam id contradictorem habuit, vt fatetur Vigl. d. §. sed & vnum, nu. 2. ad finē, Inst. de testam. & d. §. igitur, nu. 2. Inst. de pupillari: cum scriptura in nuncupatiuo testamento non sit de substantia; & in eadem charta possit notarius plura simul scribere, siue vltima elogia, siue contractus, notatur in l. scire debemus, ff. de verborum oblig.

39 Cum igitur † duo possint in eadem charta simul testari, a fortiori quodāmodo id admittetur in coniugibus, qui sunt duo in carne vna, cap. debitum, de bigamis, cap. 1. de coniugio leprosorum. & focij humanæ, ac diuinæ domus, l. 4. C. de crimine expilatæ hæredit. inclinat Viglius, in d. §. sed & vnum, nu. 3.

40 Vnde iam † succedit secundum nostræ quęstionis membrum, an scilicet possint coniuges se inuicem in eadē charta hæredes instituere.

In quo pro negatiua parte acriter insurgit Sarmiento, lib. 2. Select. cap. 4. nu. 3. & aliqualiter Vigl. d. §. igitur, nu. 2. Inst. de pupillari. stantq; ea, quæ iā supra posuimus argumenta.

Pro contraria adest communissima, & receptissima sententia plurium, quos supra retuli. & inter coniuges, si aliquot circumstantiæ suadent, non multum refragatur Vigl. in §. sed & vnum, nu. 3. Inst. de testament. & profectò coniugum reciproca institutio, tantum abest, vt damnari debeat, quod immo maximè laudanda sit: nam quid gratitudinis respuit, aut non recipit bene transactæ vitæ individua consuetudo: adeò, vt receptissimum sit, posse maritum (vel è contra) blanditijs, & mollibus verbis vxorem pellicere ad ipsius institutionem; de quo est text. elegans, in l. vlt. ff. si quis aliquem testari prohib. optima glos. verbo, affectionibus, in l. captatorias, ff. de hæred. instit. notant omnes in l. 1. C. si quis aliquē testari prohib. & apud Lusitanos lege statutum est, in Ord. lib. 4. tit. 84. §. 4. vers. *Porem se amulher*, quasi non tam aucupari, & affectare alienum, quam coniugali amori debitum conseruare intendat. & hæc nostra & communis sententia ex obiectionum solutione clarius patebit.

41 Et in primis † non obstat dicere, ex tali reciproca institutione oriri posse suspicionem captandæ mortis alterius: Nam, vt de coniugibus loquar (infra de alijs se inuicem instituentibus sermo erit) talem suspicionem excludit mutuus amor a iure præsumptus.

42 Deinde non obstat † d. l. captatorias, ff. de hæred. instit. nam licet inter coniuges mutua illa institutio facta esset in forma captatoria, (in qua nos non loquebamur, sed quando in eadem charta vnanimi affectione se inuicē instituunt) adhuc inter illos facta institutio non vitiaretur; quod comprobbatur eadem l. captatorias, dum inquit: *Captatorias institutiones, non eas Senatus improbauit, quæ mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt: sed quarum conditio confertur in secretum alienæ voluntatis*; vbi I. consultissimus Papinian. decidit, eas captatorias non improbari, quæ mutuo amore iudicia prouocarunt; ergo supponit eas esse conceptas in forma aptatoriarum, hoc est, si me institueris, te instituo. sentit ibidem glos. 1. quia tñ non ipsa verba materialiter captātia, sed mutua affectio immediatè, & principaliter prouocat ad reciprocā institutionē; decidit I. c. non eas improbari. Sed quorū conditio penetrat, & sola rūpit secretū alienæ voluntatis, hoc est, quæ immediatè, & principaliter ab altero extorquet institutionem, non vero affectio, aut quilibet alius respectus voluntatis liberæ ac simplicis: qd amplius denotat illud verbū, (*alienæ voluntatis*) id est, multū remotę a reciproca institutione, nisi captaretur præuia illa cōditione, vt innuit et glos. ibidē. verb. (*alienæ*) Atq; ita explico relata verba: *Quorū cōditio confertur in secretū alienæ voluntatis.* (quæ alij aliter interpretātur) nā in mutuo se a mātibus prædicta cōditio nō cōfertur in secretū alienę voluntatis, cum ad reciprocam institutionem solum, & immediatè moueatur, ac prouocetur à mutua affectione.

Illud

Illud autem hic aduerterem, quod si vnus ex coniugibus post vtrinque factam reciprocã institutionem in forma captatoriæ: occulte, & dissimulatè testamentum mutauerit, & institutionẽ in coniuge factam in alium transtulerit, puto etiam corruere debere alterius coniugis mutuam institutionem. Quia tunc præcedens dispositio apparet formaliter captatoria, quo casu vitiosa est, & improba, & inter personas coniunctas plus detestanda: ex qua non debet commodum reportari.

43 Tandem † contra suprapositam resolutionem nihil faciat argumentum ab speciali deductum, ex l. licet inter priuatos, C. de pactis, quæ quidem singularis est secundum Alex. ibidem: nam parumper in eius interpretatione immorandum est. Et in primis omissa ordinariorum explicatione, qui inter milites admittunt pactum futuræ successionis, non ita inter paganos; quod falsum est; nec enim deformitas prædicti pacti diluitur in milite, immò acuitur; cum in ipsis reperiatur maior audacia, & occasio insidiandi vitæ alterius: & sit contra bonos mores, iuxta l. stipulatio hoc modo, ff. de verborum oblig. quod milites æquè comprehendit; quemadmodum ob eandem rationem in eo non valet captatoria voluntas, l. captatorias, C. de testam. milit. vbi vltra alios tradit Decius, à nu. 1.

44 Omissis itidem † quæ Gomez, l. 22. Tauri, nu. 18. & quæ Sarmiento. lib. 2. Select. cap. 5. per totum, & Vallasc. d. consi. 7. nu. 7. in fine; qui propterea inter priuatos inquit damnari reciprocam illam successionem, quia pactũ, & conuentio intercessit: secus si in eodem testamento reciproca institutio fieret, quasi conuentio illa deformitatem obtineat, quod in terminis illius text. verum non est. alioquin nec inter milites obtineret, vt supra tetigimus. Immò; licet intercedat conuentio, si postea inter priuatos legitima forma, ac solemnis superueniat, pactum præcedens non oberit, vt statim monstrabimus.

45 Difficultatem † etiam non tollit eorum sententia, qui dicunt hic dari vltimam voluntatem in genere (quasi id speciale sit in milite) vt glos. ibidem tradit verb. compendium, sequuntur plures, quos referens, idem tenet Gomez, l. 3. Tauri, nu. 66. ad finem. Couar. in Rubr. de testam. 3. parte, nu. 25. vers. vlt. Decius, in d. l. licet, nu. vlt. in princip. nam quo casu Impp. valere dicunt scripturam in d. l. licet, nimirum inter milites; verum testamentum militare esse supponunt, vt inferius comprobabimus: non verò imaginariam in genere vltimam voluntatem: nulla enim est, quæ in afferto genere remaneat, quin reducatur ad vnam ex speciebus inuentis, latè & eleganter in terminis comprobat Francisc. Sarm. lib. 2. Select. cap. 5. nu. 8.

46 Vt igitur † mentem Cæsarum in d. l. licet. penitissimè introspiciamus, primò aduerte, hic non esse damnatam priuatorum illam scripturam, tanquam contra bonos mores: aliàs enim simpliciter, & indistinctè etiam in militibus reprobaretur, vt supra probauimus: sed potius non posse habere exitum vltimæ voluntatis, vt patet ibi: *nec donationis quidem mortis causa gesta efficaciter speciem ostendit*. Quasi dicat, prædicta scriptura (vt qui superuixerit, alterius rebus potiatur) inter priuatos non est testamentum; quia deficit peculiaris, ac solemnis hæredis institutio: non legatum; quia vniuersam complectebatur hæreditatem, sine capite, hoc est, sine institutione hæredis, iuxta §. ante hæredis, Inst. de legatis. & à legitimis hæredibus relictam considerari nequit, quia ab intestato legatum non relinquitur, §. præterea, Inst. de fideicommiss. hæredit. l. illud, §. transari, ff. de iure codicill. notat Costa, in repet. §. posthumus, nu. 17. vers. ex superioribus, ante fin. Inst. de legatis. non fideicommissum, quia nec aliquis rogatur, nec conuentione fit, sicut nec reliquas prædictæ defunctorum voluntates, iuxta regulam l. verba contraxerunt, ff. de verborum signif. & quod has omnes vltimæ voluntatis species excludant Impp. hic, probatur ex dictione illa, (*nec*) quæ implicat casus minus dubios, quasi dicant, tantum abest, vt speciem vltimi elogij inuoluat, vt nec etiam donationem causa mortis efficaciter ostendat, qui est remotissimus vltimæ voluntatis gradus, vt colligitur ex §. 1. Inst. de donationibus, vbi legatis ferè æquiparari dicuntur.

47 Præterea aduerte † hanc scripturam, quæ inter priuatos efficaciter non ostendit donationem causa mortis, inter milites valere, vt testamentum, vt patet ibi: *Tamen cum voluntas militum, quæ super vltimo vitæ spiritu, & de familiaris rei decreto, quoquomodo contemplatione mortis in scripturam deducitur; vim postremi iudicij obtinet*, &c. & ibi: *Intelligitur ex fratris tui iudicio, quod principalium constitutionum prompto fauore firmatur*, &c. Ex quibus verbis, iuncto principio, Inst. de testam. milit. & l. 1. ff. eodem tit. manifestè colligitur, illam scripturam, quæ inter priuatos, nec donationis causa mortis speciem efficaciter ostendebat, inter milites esse testamentum.

48 Vnde iam vides † lapsum Decium ibidẽ, nu. vlt. vers. tertio quia, dum putabat dictam scripturam (vt qui superuixerit alterius rebus, potiatur) inter milites valere, tanquam donationem causa mortis; Ita etiam intellige Sarmiento, d. lib. 2. Select. cap. 5. nu. 4. nam Impp.

mens ea est, vt ostendant militum dispositiones esse fauorabiliores, & magis priuilegiatas, quod vt demonstrent, hac praefatione incipiunt: *Licet inter priuatos*, &c. & in priuatis nõ dicunt resolutiuè dictam scripturam non redolere donationem causa mortis, sed tantum id efficaciter non ostendere, vt statim probabimus. Ergo vt concludant pinguissimum priuilegium militum, interpretari debemus, eandem scripturam inter milites non donationẽ causa mortis, sed aliquid amplius, scilicet vltimum iudicium esse, quod esse poterat, quomodocunque proferretur, iuxta d. princip. de test. milit.

Nec pro Decio ponderari possunt verba illa: *Vim supremi iudicij obtinet*. quia hęc verba, non ad formam, & speciem ibi propositam referuntur, sed ad generale priuilegium militum, vt patet ex serie text. constat autem ex d. principio, Inst. de testam. milit. quamlibet militis voluntatem nudam, simplicem, & insolennem, pro valido testamento obseruari: & quod testamentum militare prodeat in forma concepta in d. l. licet, ostendunt vltima verba ibi: *Ex fratris tui iudicio*, &c.

49 Tandem † aduerte praedictam scripturam: *Vt qui superuixerit alterius rebus potiatur*, etiam inter paganos valere. nec enim Impp. in d. l. licet, illam simpliciter reprobarunt, sed tantum dicunt non esse adimplendam tanquã solennem voluntatem vltimam: cum id solum fauor, & priuilegium militum euincat. Vnde infero valere posse tanquam donationem causa mortis inter priuatos. Nec obstãt, immo iuuant illa verba ibi: *Nec donationis quidem causa mortis gestae efficaciter speciem ostendat*, &c. vbi Impp. vt priuilegium militum patefacerent, per excessum quendam relata verba protulere; quasi dicerent, praedicta scriptura, quae cum difficultate inter priuatos donationem causa mortis ostendit; inter milites supremum iudicium est. Insuper prolata fuere ad effectum, vt inter priuatos quamlibet aliam speciem postremi iudicij excluderent, vt supra perpendimus. Ergo non denegant valere, vt donationem causa mortis. Et quamuis citata verba propter se dicta essent: adhuc in illis non dicunt simpliciter Impp. praedictam scripturam non valere vt donationem causa mortis: sed tantum asserunt id non efficaciter ostendere; hoc est, non manifeste; ergo aliquo modo ostendunt.

Nec obstat obiectio Decij ibidem, nu. vlt. vers. non obstant rationes; qui dicit, donationem causa mortis tunc temporis non valere nudo pacto factam; imò requirere vel stipulationem, vel traditionem, l. in aedibus. §. vlt. l. Aristo, ff. de donationibus. cum id denuo constituerit Iustinian. in l. si quis argentum, §. sin autem hoc, C. de donationibus. nam (vltra responsionẽ, quam in specie tradit Sarm. d. lib. 2. cap. 5. nu. 6. praedictam obiectionem limitans in donatione causa mortis: de quo ego dubito, quia saltem traditionem tunc temporis requirere videbatur) respondetur in nostro tex. quoad priuatos supponendum esse, stipulationem interuenisse; quod colligitur ex illis verbis: ibi. *Licet inter priuatos huiusmodi scriptum*, &c. iuncto §. si scriptum, Inst. de inutilibus stipul. & §. vlt. Inst. de fideiussoribus. Accedit, quia nisi stipulatio quoad priuatos supponeretur, non dicerent Impp. praedictam scripturam inter ipsos efficaciter non ostendere speciem donationis causa mortis, vt supra interpretati sumus: sed securè resoluerent, omninò non ostendere, nec habere vim donationis causa mortis.

Nec adhuc obstabit dicere d. l. licet, collocari sub titulo, de pactis, vbi de nudis tantum conuentionibus principaliter sermo est. Etenim respondetur, quod licet dicamus pactum ibi fuisse stipulatione firmatum, non proinde esse fugitiuam sub illo titulo, quia Impp. id tantum intendunt, vt milites in praedicta forma censeantur facere testamentum; siue stipulatio conuentionem secuta fuerit; siue nuda pactio manserit: cum non ad formam actus, sed tantum ad effectum voluntatis militaris attendatur; & ita sub hac latitudine d. l. licet, rectè collocatur sub tit. de pactis.

Accedit, quia (vt supra notauimus.) Impp. per comparationem priuatorum, volũt ostendere priuilegium militum: & tunc supposita vallata donatione causa mortis per stipulationem; inquiunt, id quod quantumcunque firmatum in priuatis efficaciter non ostendebat donationem causa mortis, inter milites testamentum esse. Atque ita supponunt intercessisse stipulationem, vt aliqualiter inter priuatos in vim donationis causa mortis valeat.

Cur autem praedicta scriptura interueniente stipulatione non dicitur efficaciter ostendere donationem causa mortis inter priuatos? respondendum videtur, exinde prouenire, quia priuati non expresserant nomen donationis causa mortis; quinimmo eorum intentio erat facere haeredem superstitem: ad quod quia nõ seruarunt solennia, propterea in viribus donationis causa mortis ex interpretatione voluntatis remansit. argumento text. in l. vbi ita donatur, ff. de donat. causa mort. l. insulam, ff. de praescript. verb. & quae vtrobique notantur.

Et cum hodie nuda conuentione donationes valeant, d. l. si quis argentum, §. sin autem, C. de donat. sine dubio praefata conuentio d.

l. licet,

l. licet, in vim reciprocæ donationis causa mortis, valebit inter priuatos; quod innuit Decius, d. nu. vlt. dum id propterea reprobabat, quod donatio nuda pactione stare nequiret. Et hæc resolutio ex dictis suadetur, quibus ostendimus inter priuatos prædictam scripturā, (vt is qui superuixerit, alterius rebus potiatur) non esse simpliciter improbatam, sed tantum non posse procedere in vim supremi iudicij, propter defectum solennitatum, quæ ad illud à iure vsque ad superstitionem requiruntur.

50 Ex quibus † colligitur, prædictam l. licet, nihil ab speciali concludere contra supra positam sententiam, qua dicebamus coniuges se inuicem instituere posse in eadem charta: sed duntaxat concludit, quod si vtantur illa forma, cuius meminit d. l. licet, tunc illorum reciproca conuentio non valebit in vim supremi iudicij, quamuis adhuc aliqualiter valere supra ostendimus.

Atque ita si extra terminos d. l. licet, priuati vtantur formā solemni, hoc est, solennitatibus à iure requisitis in testamentaria dispositione, tunc mutuo facta successio non improbabitur (quod si intendit mens Vallasci d. cōs. 7. nu. 6. ad fin. saluari potest, quod facile credendum est de viro emunctę naris, quem supra reprobauimus in alio sensu.) nam quem effectum extorsit priuilegium militare, in d. l. licet, eundem operatur seruata solennitas in paganis. nec enim inibi aliud obstitit, quam solennitatum defectus, qui non obest militibus, quibus sunt omnes solennitates remissæ, d. princip. Inst. de testam. milit. & si aliquod vitium inesset contra bonos mores, præter ciuilem obseruationem, nec in militibus procederet, vt suprà rectè aduertimus.

Constat igitur d. l. licet, vt oportet, explicatam, apertè facere pro nostra opinione, qua mutuam coniugum institutionem in eadem charta probamus, innuit vltra alios, in terminis Gama, de decis. 231. numero 5. in fine.

51 Quamquam † autem admittamus hanc reciprocam coniugum institutionem securam à vitio, propter mutuam affectionem à iure merito præsumptam: non proinde tamen id admittemus, si vnus tantum ex coniugibus vtrāque institutionem sua manu conscripserit: nam Liboniani Senatusconsulti dispositio in his terminis remissa non est, sicut remissa fuit in captatoria voluntate, vt probat l. captatorias, 70. iuncta glos. verbo, Senatus, ff. de hæredibus instit. vt supra explicauimus. & hanc resolutionem probat l. quæ in testamento, 4. C. de his, qui sibi ascribunt. eleganter, eruditè, ac latè defendit Lusitanus Gama, decis. 231. per tot.

52 Quia tamen † Gama ibi non satisfecit illi argumento, quod pro contraria adducebatur, de l. quod autē. §. si vir, & vxor, ff. de donat. inter virum & vxor. vbi permittitur inter coniuges reciproca donatio, cum aliàs simplex non valeat, l. 1. & per tot. eodem tit. ex quo sequebatur, quod licet maritus non possit sibi adscribere in testamento vxoris, d. l. quæ in testamento, nihilominus tamen reciprocè instituendo poterat. Nunc respondetur, longam dari differentiæ rationem inter nostrum casum, & casum reciprocæ donationis; quod vt percipiatur, aduerte, inter coniuges propterea prohibitas esse donationes, ne mutuo amore spolientur, l. 1. ff. eodem tit. cum duabus sequētibus. vnde illæ tantum apparent reprobatæ, quibus coniux donans factus est pauperior, & alter locupletior simul, l. si sponsus, §. vlt. in fine, ff. eodem tit. de donat. inter virū, & vxor. quia tunc militat supradicta ratio prohibitionis. Cum autem in donatione reciproca, vtrinque facta compensatione inter coniuges, nec donans pauperior, nec donatarius locupletior factus maneat, nihil mirum, quod inter eosdem valeat prædicta mutua donatio, iuxta d. §. si vir, & vxor. vtpote, cessante ratione prohibitionis, siue nullitatis.

Immo d. §. si vir & vxor, non simpliciter admittit reciprocam inter coniugēs donationem, sed tantum per compensationem, id est, in concurrentem quantitatem, ita, vt si adhuc alterutrius donatio excedat compensationem factam, in excessu non valeat; quod innuit d. §. si vir: nam in excessu cessat compensationis ratio, iuxta l. 1. ff. de compensat. Indem, & aliàs facile fraudarentur leges irritantes inter coniuges donationes, si reciprocè factæ indistinctè valerent; cum modico recepto, immodicè elargiri potuisset alter alteri ex coniugibus.

Constat igitur, in donatione reciproca inter coniuges omninò & in vniuersum cessare legalis prohibitionis rationem; vnde nil mirum, quod teneat. At prohibitio, ne quis sibi adscribat, & illius ratio, non cessat in nostra specie, vt colligitur ex d. l. quæ testamento, C. de his, qui sibi adscrib.

53 Vnde in † terminis propositis, institutio, quam pro se facit, quilibet coniugum, valida manebit: illa verò, quam pro altero, inutilis erit, & pro non scripta, d. l. quæ in testamento, l. 1. ad finem, ff. de his, quæ pro non scriptis; & ita valebit tantum scribentis testamentum; notat citatus Gama, d. decis. 231. numero vlt.

54 Quæ † tamen resolutio primò limitanda est, quando scilicet alter ex coniugibus, qui iubente altero se inuicem scribit hęredem, ab

intestato

inteftato fucceffurus erat, ex titulo, vnde vir, & vxor: quia nimirum deficiebant legitimi hæredes, vel ex eo, quia proximior agnatis ex tit. vnde legitimi, vnde cognati: nam tūc fuftinerem dictam inftitutionem, propter inutilem circuitum euitandum, argumento text. elegātis in fimilibus terminis, in l. 1. C. de his, qui fibi adfcribunt. & eorum, quæ ibi notant Baldus, & reliqui.

55 Deinde † limitanda eft, quando alter ex cōiugibus (cuius iuffu alter fibi adfcripfit) infine fubfcribat, fe ea dictaffe, & recognouiffe, l. Diuus, §. item Senatus, ad fin. ff. ad legem Corneliam de falfis. vel aliter intercedat quælibet recognitio, vt notat Gama, d. decif. 31. num. 4.

56 Licet autem † fupra diximus, reciprocam inftitutionem ab vno tantum ex coniugibus factam omnino improbari Senatusconfulto Liboniano, puto tamen coniugem fcribentem non incidere in pœnas eiufdem S. confulti: quia mutua affectio, & reciproca inftitutio fraudem videtur excludere, argumento eorum, quæ tradit Gama vbi proximè, nu. 2. præfertim, fi contingat vxorem inftitutionem reciprocè fibi adfcripfiffe: nam excufatur, tum ob obedientiam, quam præftare tenetur, & fimul iuris ignorantiam, d. l. Diuus, §. quod tamen, & §. matri, ff. ad legem Cornel. de falfis.

57 Iam igitur † accedamus ad tertium, & vltimum membrum noftræ difputationis, quo reftat difquirere, an duo quilibet poffint fe inuicem in eadem charta hæredes fcribere? & pro negatiua fortius infurgunt Vigl. in d. §. igitur, nu. 2. Inft. de pupillari. Sarmiento, lib. 2. Select. cap. 4. nu. 3. & multo acrius adftringunt ea, quæ fupra obiecimus illi fententiæ, quæ coniugum in eadem charta inuicem factam inftitutionem admittebat.

Ceterum pro contraria, immò, quod quilibet duo poffint fe inuicem hæredes fcribere, ftat plurium fententia, in d. l. licet, C. de pactis, quos latè referens fequitur Peregrinus, tract. de fideicommiffis, art. 33. nu. 62. fentit etiam Lufitanus Vallafc. d. conf. 7. num. 6 in fine, dum generaliter afferit, d. l. licet, propterea non procedere inter paganos, quia loquebatur de reciproca inftitutione interueniē te conuentione, non verò teftamento facta. Ego durum puto indiftinctè recipere duorum, pluriumue in eadem charta teftantium reciprocè factas inftitutiones, propter multarum captionum fufpiciones, quæ inde orirentur, vt cum iudicio aduertit Vigl. d. nu. 2. Itidem non effet fatis confultum vitæ aliquorū, fi ita indifcretè, & citra electionem præfatæ reciprocæ inftitutiones probarentur.

Vnde mihi perfuadeo, in iure generaliter reprobandas fore, ac debere dictas inter quoslibet mutuo in eadem charta factas inftitutiones.

58 Attamen, † fi inter eos vel fanguinis, vel amicitiæ coniunctio interiaceat, ita vt mutua affectio ad reciprocas inftitutiones prouocet, fine dubio in eadem charta valebunt: vt fuadetur ex dictis in præcedenti quæftione, propter fimilem affectionis rationem; patebitq; tandem ex folutione contrariorum.

59 Nec † obftabit iam prima difficultas, ex fupicione captandæ mortis alterius: quia hæc fufpicio, ratione affectionis fuppofita, ex præfumptione iuris ceffat; & quamuis quid finiftrum aliquando poffit contingere, iuxta illud Ouidij in Metamorph. *Fratrum quoque gratia rara eft*, &c. id tamen, vel arcebitur formidine pœnæ, vel fi contingat, caftigabitur ademptione vitæ, & bonorum, vt latè per Lufitanum Cabedo, decif. 58. nu. 1. & decif. 81. num. 8.

60 Non obftat † fecundum, ex l. captatorias, 70. ff. de hæred. inftit. nam enim fupra often dimus, captatorias inftitutiones non improbari inter eas perfonas, in quibus mutua affectio ad mutuam inftitutionem prouocat. Accedit: quia (vt fupra aduertimus) hæc reciproca inftitutio non fit in forma captatoria.

61 Denique † non obftat, immò maximè iuuat hanc fententiam d. l. licet, C. de pactis, dum in principio generaliter loquitur de quibusuis priuatis, fibi inuicem, & in eadem charta fuccedere difponentibus; vbi talis difpofitio ex eo tantum reprobatur inter paganos, quod non fuerit feruata folennitas à iure poftulata ad confectionem teftamentorum, vt fupra demonftrauimus. Deinde, ex eo facit, quia admittit eandem reciprocam in eadem charta fucceffionem inter milites; in quibus aliàs non remittitur fraus, & deceptio, vt patet ex l. captatorias, C. de teftam. milit. ergo feruata folennitate idem dicendū eft in paganis. Tandem dum exemplificat in fratribus militibus; & quamuis exemplum non reftringat regulam, oftendit tamen, in quibus terminis militet. Vnde colligemus ex d. l. licet, concedi reciprocam inftitutionem duorum, plurimumue in eadem charta, fi ab illis exulet captandæ alterius mortis fufpicio; & fimul teftamentariæ folennitates feruentur.

SVMMARIVM.

Latè ac nouè agitur de intellectu §. feruus etiam alienus, verf. cum etiam, Inft. de hæred. inftit. à numero 1. & præcipuè, à numero 15. cum feqq.

Refer-

CAPVT XI.

Ad Imp. in §. seruus etiam alienus, vers. cum etiam, Inst. de hæredib. instituend.

1 
Cribit Cæsar. *Cum † etiã eius, qui in vtero est, seruus rectè hæres instituatur.* 2 In isto vers. maximam ponunt Doctores difficultatem, ex eo, quod generaliter dicat institutionem serui eius, qui in vtero est, validam esse: Nam inquiunt, vel is, qui in vtero existebat, erat posthumus alienus, vel suus: si suus, resoluebant, rectè præcedere vers. nostrum; quia tunc seruus rectè mutuabatur capacitatem à posthumo qui poterat institui, iuxta l. placet, ff. de liberis, & posth. & iam non obstabat regula, l. si mihi, 12. §. regula, ff. de legatis 1. & ita in specie Connan. lib. 10. Comment. iuris, cap. 3. nu. 5. Si

5. Si verò alienus posthumus esset, tunc inquiunt, non posse procedere nostrum vers.

Verum hic intellectus nimis restringit literam generaliter loquentem, dum coangustat ad casum posthumi sui, & de posthumo alieno loqui: manifeste concludit Eman. à Costa, in repet. §. posthumus, num. 6. cum sequenti, Inst. de legatis.

Deinde prędictus intellectus corruet ex eo, quia alia est vera dubitandi, ac decidendi ratio ad nostrum vers. vt ex infra dicendis ostendetur.

2 Præterea, † Costa vbi supra, num. 7. putat nostrum vers. cum etiam, iam hodie non habere dubitationem in eo, quod seruus posthumi alieni possit institui: cũ & ipse posthumus de iure ciuili iam institui valeat, d. §. posthumus, Inst. de legatis, princip. Institut. de bonorum possess. in quo quidem Costa tacitè innuit, dubitationem nostri vers. (antequam posthumus alienus posset institui de iure ciuili, iuxta terminos l. eius seruum, 64. ff. de hæred. instit.) processisse ab impotentia instituendi alieni posthumi.

Et inde inferebat idem subtilissimus vir, probabiliorem forsan esse literam, quæ ex nostro vers. cum etiam, efficit §. quin etiam, vt ostendatur, iam diuersa ratione procedere, atque §. præcedentem, in quo de seruo hæreditario sermo erat: quo casu hæreditate iacente (quæ capacitatem seruo præstabat,) hæres institui nequibat: cum tamen iam nunc posthumus alienus institui possit.

Ceterum Costæ opinio, & illatio inualida est; & quoad primum attinet, dubitatio nostri vers. pendebat aliundè, quam ab impotentia posthumi alieni instituendi, vt infra ostendemus: nec enim text. respicit seruum posthumi, quam seruum eius, qui in vtero est, eo maximè, quia si potestatem posthumi (qui est in vtero) alieni instituendi inspiceremus, ad effectum, vt eius seruum instituere possemus,

3 † sufficiebat quidem auxilium Prætoriũ, quo facta in posthumo institutio exitum obtinebat per bonorum possessionem secũdum tabulas, vt ipse Costa agnoscit, in d. §. posthumus, nu. 13. Vigl. in præsenti, nu. 5. Quod planè satis erat, ne obstaret l. si mihi, 12. §. regula, ff. de legatis 1. iuncta eleganti doctrina I. c. Pauli, in l. debitor, 82. §. vlt. ff. de legatis 2. quam elegantiss. confirmat Pap. in l. & si maximè, 5. ff. de seruitute legata, vt scilicet qualibet capacitas in domino efficiat, vt alia diuersa in seruo eius emergat, quamuis sit amplior, vt constat ex d. §. vlt. vel si posthumus alienus nondũ esse conceptus, adhuc seruus, qui ei reseruatur, potuisset institui sub capacitate eius, qui interim seruum sub suo dominio haberet, iuxta in... id.

ferius dicenda; & tunc non esset necessarium, quod posthumus potuisset institui de iure ciuili.

Deinde Costæ mentem maximè eneruaret sententia Hispani Pichardo, (si vera esset) in præsenti, nu. 15. & in princip. Inst. de bonorum possess. qui posthumum alienum de iure ciuili semper institui potuisse defendit.

4 Illatio tandem † Costæ, est contra receptiorem literam, vt & ipse agnoscit, d. nu. 7. nam semper institutio serui hæreditarij, & eius, qui est in vtero, pariter concurrit, altera in alterius exemplum, & confirmationem, vt patet ex d. l. eius seruum, 64. ff. de hæred. instit. quod clarissimè colligetur ex infra dicendis.

5 Viglius † denique in præsenti, nu. 2. intelligit, propterea seruum posthumi alieni posse institui, quia hæreditarius est: Nam cum posthumus, inquit, non aliter possit habere dominium serui, quam si alteri sit hæres, & ob id seruum in hæreditate acquirat: hæreditas autem interim adiri nequeat, vel quod adhuc pẽdet natiuitas posthumi, l. ventre præterito, ff. de acquirend. hęred. vel quod nondũ natus adire non potest: sequitur hæreditatem iacere, & consequẽter seruum hæreditarium esse. Quod iuuari potest ex §. posthumo, Inst. de legatis, vbi dicitur, posthumo alieno inutiliter antea legari.

Attamen hæc Viglij interpretatio ceteris deterior est, nimis enim literam restringit, diuinat, ac violat. Restringit literam, dum supponit hunc seruum fuisse relictum in hæreditate, in qua institutus est posthumus: nam non semper solus institueretur: & dato cohærede, qui interim adire posset, (iuxta terminos text. in l. vel ex parte, 6. cum l. sequenti, ff. de rebus dubiis) seruus hæreditarius esse desiuisset, vt notant omnes, in l. 1. §. veteres, ff. de acquirenda possess. & in nostro tex. nec interim, dum pendet natiuitas posthumi, aditio hæreditatis impediretur, quia d. l. ventre præterito, loquitur de posthumis, qui nati rumpunt, ex eo, quod sint præteriti. Itidem si ageremus de legitima hęreditate, in qua posthumus succedere poterat, & seruum acquirere, iuxta terminos l. Titius, cum l. sequenti, ff. de suis & legitimis hæred. opus etiam erat, ne cohęredem in eodem gradu haberet, qui adire posset, quo adeunte, seruus in hęreditate inuentus, hęreditarius esse desiuisset, iuxta supra dicta. Et ita secundum intellectum Viglij, supponenda erant mille adminicula. At text. noster loquitur tanquam de re vulgari, & quotidiana, & ob id affert argumentum de seruo eius, qui in vtero est, ad confirmationẽ institutionis serui hęreditarij: alioquin comprobaret notum per ignotius, facile per difficile;

esse, quod est absurdum: constat autem esse vulgarem, notam, & facilem institutionem serui hæreditarij.

6 Deinde † seruus poterat esse legatus ei, qui in vtero erat. Quod in posthumo suo respectu serui legati semper fuit extra controuersiam, §. posthumo, Inst. de legatis, ibi: *Posthumo alieno inutiliter antea legabatur*, &c. Deinde in posthumo alieno respectu eiusdem serui legati, iam tempore nostri vers. cum etiam, certum erat legari ei posse, vt patet ex d. §. posthumo, ibi: *Inutiliter antea legabatur*.

7 Immò † & attento tempore antiquo, puto legari potuisse ei, qui in vtero erat; siue suus, siue alienus posthumus foret: nam cum ei, qui in vtero est, in tempus natiuitatis omnia iura referuentur, l. 3. ff. si pars hæredit. pet. Et eo nato retro fingatur à tempore conceptionis in lucem editus, vtraque l. qui in vtero, ff. de statu homin. etiam ab illo tempore credetur legatum relictum iam inter viuos existenti; & ita declarandum opinor d. §. posthumo, ibi: *Posthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur*, vt scilicet intelligatur in posthumo nondum concepto tempore legati: nam tunc nullatenus in rebus humanis erat, & omnimodè incertus: ex quo duplici capite antiquitus, nec institui de iure poterat, nec eidem legari, vt ex Aretino in l. Gallus, col. 4. vbi Alex. nu. 1. ff. de liber. & posth. tradit Costa, in §. posthumus, nu. 8. Inst. de legatis; quæ cessant in eo,

8 qui in vtero erat tempore legati: † nam & in rebus humanis iam aliqualiter est, & eiusdem ratio habetur, vt in dd. ll. qui in vtero, d. l. 3. ff. si pars hæred. in tit. de ventre inspiciendo, & in possessionem mittendo. tex. elegans in l. cum quidam, 30. §. 1. ff. de acquir. hæred. Ord. Lusitan. lib. 3. tit. 18. §. 7. cum simili-

9 bus. Insuper † fictione iuris retrotractiua, cũ nascitur, creditur à tempore conceptionis editus; & ita ei iam certo censura iuris effecto, legatum relictum censetur, argumento text. in l. sed & si restituatur, ff. de iudicijs, ibi: *In qua omnia certa essent*. l. si pater, ff. de solutionibus. ibi: *Quia in rerum natura verum fuisset*, &c. §. conditiones Instit. de verborum oblig. quod in posthumis, qui postea concipiuntur, omni

10 nò cessabat. Quam meam † nouam interpretationem effecit Accurs. verb. præstabuntur, in l. 1. §. vlt. §. de legatis præstand. & scholio 1. in l. 2 infra eodem tit. quidquid eũdem damnet Costa, in d. §. posthumus, nu. 15. & quidem immerito; non enim simpliciter glos. dixit, quibusuis alienis posthumis ex libe ris legata relicta præstanda esse, sed illis tantum, qui concepti erant tempore legati, vt patet in d. verb. præstabuntur, dum inquit: *Quia pro natis habentur*; quæ ratio respicit omninò decisionem dd. ll. qui in vtero, ff. de statu hominum, & §. cum autem, Inst. de tutelis. ad quem se remisit Accurt. in d. verbo, præstabuntur; quæ glossæ opinio ex dictis con firmatur. in reliquis verò posthumi, qui postea concipiuntur eleganter resoluit Costa pro ximè citato loco.

11 Non † inde tamen inferas, vt simile quoad institutionem sit, quasi scilicet, etiam de iure antiquo ciuili valeret institutio posthumi alieni, qui erat in vtero, id enim refellit I.c. Paulus in l. Titius, §. Lucius, ff. de liberis & posthum. quam eleganter, ac verè interpretatur Costa, in d. §. posthumus, nu. 4. Inst. de legatis: Nã nihil inconuenit, in ijsdem terminis concedere validitatem legati, inficiari vero validitatem, institutionis: etenim attento etiam tempore antiquo, secundum Prætorium ius, institutio posthumi alieni executioni mandabatur interuentu bonorum possessionis secundũ tabulas, vt obseruauit Vigl. in præsenti, num. 5. & Costa, vbi supra, nu. 13. & tamen eidem posthumo omninò inutiliter legabatur, vt obseruant proximè relati, per text. in d. §. posthumo, Inst. de legatis. Accedit, quod institutio hæredis, vtpote caput testamenti, §. ante hæredis, Inst. de legatis, maiorem videbatur requirere certitudinem.

Supposito igitur, quod ei qui in vtero erat, seruus legari poterat: diuinare esset, fuisse hæreditarium: cum hærede, à quo legatus est, adeunte, hæreditarij nomen exuat, vt supra notauimus.

12 Præterea † etiam prædictus seruus poterat ei, qui in vtero erat, competere ex contractu; veluti donatione, argumento text. in l. si quis in emancipatum, 26. C. de donat. & eorum quæ tradit insignis Molina, de primogenijs, lib. 4. cap. 2. num. 75. Connan. lib. 5. Comment. cap. 9. nu. 4. & maioratum in nascituro constitui posse, tradit idem Molina, lib. 2. cap. 11. nu. 46. & tamen in his terminis non poterat vigere interpretatio Viglij, ergo manifestè restringit, ac diuinat.

13 Tandem † apertè violat literam: quia text. iste arguit de seruo posthumi, ad seruum hæreditarium, ergo debet esse à casu diuerso, da ta tamen similitudine rationis; At si vtrobique seruus hæreditarius esset, non argueretur à simili, sed ab eodem; & maneret argumentum identicum; scilicet, seruus hæreditarius institui potest, quia seruus hæreditarius potest institui: quod est contra rectam docendi methodum, cum nihil concludat.

14 Quod † amplius confirmat Iauolenus I. c. in l. eius seruum, 64. ff. de hæred. instit. vbi decidens seruum eius, qui in vtero est, posse institui, ita asserit: *Idque verum esse, manifesto argumento*

gumento comprobat, quia seruus hæreditarius, priusquam adeatur hæreditas, institui hęres potest, quamuis is testamenti facti tempore nullius sit; esset autem inciuile, dicere, aliquid comprobari argumento alterius, quod sit idem cū eo quod probatur, eo maximè, quia verbū (*argumentum*) denotat probationem collectam à diuersis, vt colligitur ex l. 1. verf. huius rei fortissimum argumentum, ff. de officio eius, &c. & ex l. scribit Quintus Mutius, §. vlt. ad finē ff. de auro, & argento. leg. vnde illud proficiscitur discrimen inter illationem, & argumentum: nam argumentum concludit à diuersis (vt diximus) at illatio concludit ab eodem: & ideo ciuili adagio dicitur, à diuersis non fit illatio, l. Papinianus exuli, ff. de minoribus.

Et pro hac parte contra Vigl. adest Eman. à Costa, in d. §. posthumus, à nu. 6. & reliqui in præsenti, dum omnes intelligunt Imp. de seruo posthumi ad hæreditarium, vel è conuerso, tanquam à simili arguisse, non tanquam ab eodem.

15 His igitur, † & alijs omissis interpretamentis, pro intellectu præmitte primo, in hæreditate dari duplicem fictionem. Primam, quā persona defuncti adhuc existere creditur in hęreditate iacente, iuxta nostrum textum, in principio, l. hæreditas enim, ff. de acquirendo rerum dominio, l. mortuo, ff. de fideiussoribus. cum alijs. Secundam, qua post aditam hæreditatem hæres retro censetur à tempore mortis adiisse, l. hæres, quandoque, ff. de acquirenda hæredit. text. elegans in l. si ex re, §. vlt. ff. de stipulat. seruorum.

16 Et † quamuis vtraque semper detur, & in vtraque repræsentetur defunctus, iuxta supradicta, & principium in Auth. de iureiurando à moriente præstito, collat, 5. vtraque tamen non concurrit simul: nam ante aditionem, illa prima ficta persona consideratur sine vllo corpore, & solo iuris intellectu, vt innuit l. hæreditas etiam, ff. de petetione hæredit. (de qua alibi latius) inductaque fuit à iure, ne bona alias morte dominorum vacantia, iuxta l. 1. in princip. ff. de rerum diuisione, primi occupantis fierent, §. feræ igitur, Inst. eodem tit. Secunda verò persona, post aditionem, consideratur in corpore existens, hoc est, in hærede, qui vbi primum adit, statim retro adijsse creditur à tempore mortis defuncti, d. l. hæres quandoque, & d. l. si ex re, §. vlt. idque ad eum effectum, ne scilicet in eadem hæreditate diuersa repræsentationis ratio pro diuerso tempore consideretur, ex testamento, v. g. & ab intestato, contra regulam l. ius nostrum, ff. de regulis iuris: nam prima persona ficta, solum continebat bona, ne vacarent, nō verò demōstrabat qualitatē successionis esse, vel testamentariam, vel legitimam; id enim pendebat ab euentu, an scilicet hæres adiret: vnde obiter deriuabis decidendi rationem ad l. 1. & 2. ff. de acquirenda hæredit. & ad l. si ex asse, & l. si solus, infra, eodem tit.

17 Licet † autem per vtramque supradictam fictam personam defunctus repræsentetur, & vtraque capacitatem possit præstare seruis in hęreditate repertis, diuersimode tamen euenit: nam dum sunt in hæreditate iacente, adhuc ab antiqua tantum capacitate defuncti, suam mutuantur, si cum defuncto fuit testamenti facto, noster §. in princip. ibi; *Nondum enim adita hęreditas*, &c. text. elegans in l. seruus, 52. ff. de hęred. instit. in l. in eo, §. vlt. cum l. sequenti, & in l. hæreditas in multis, ff. de acquirendo rerum dominio. Post aditam verò hęreditatem, hæredis tantum capacitas consideratur, & innuunt proximè relata iura: nam repręsentatio defuncti, quæ adhuc in hærede adeunte consideratur, est solum ad effectum, vt ipse hęres adstringatur dispositionibus, quas defunctus seruari voluit, iuxta d. Auth. de iureiurando à moriente præst. coltat. 5. itidem, & obligationibus soluendis, iuxta text. in l. quæ dotis, & quæ per ipsum notant Doctores, & nouissimè Barbosa ibidem, ff. soluto matrimon. Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo, Trebellianicę, nu. 10. de test. in 6. Lusitanus quoque Caldas, in rep. l. 3. verbo, hunc contractum, num. 3. C. de in integr. rest. minor. tam serui, & reliqua bona, quæ ad hæredem peruenerunt, iam facta sunt ipsius patrimonium per aditionē, l. 2. §. 1. ff. de crimine expil. hæred. notāt oēs, in Rubr. ff. de acquir. hæred. vbi Alex. nu. 8. & n. 11. & est vulgare.

18 Immò, & † licet hæreditas iacens capacitatem pręstet seruis hęreditarijs; iussus tamen heredis futuri spectatur ad adeundum, notat Vigl. in pręsenti, nu. 1. & reliqui Doctores, tum ex ratione l. hæreditas in multis, 62. ff. de acquirendo rerum domin. tum etiā, ne hæres futurus dominus, ex voluntate serui ęri alieno adstringatur, argumento text. in l. qui in aliena, ff. de acquir. hæredit.

19 Pręmitte † secundò, in eo, qui in vtero est, dari quandam fictionem translatitiam de tempore ad tēpus, per quam natus fingitur retro à tempore conceptionis in lucem editus, iuxta ll. qui in vtero, ff. de statu hominum, & ex tunc iura sibi competentia acquisiuisse, quæ interim suspensa erant in tempus natiuitatis, l. 3. ff. si pars hęredit. petat. nam eo nato, & extremo à quo, habili effecto, incipit fictio translatitia, retro ferens omnes effectus iam nati ad tempus conceptionis, text. elegans in l. cum quidam, 30. §. 1. ff. de acquir. hæredit. de quo alibi latius Deo duce agemus.

Præ-

20 Præmittet † tandem,fictionem personæ in hęreditate iacente,reducere id, quod fuit, & iam nunc non est, vt patet ex nostro tex. in principio, & d. l. in eo, §. vlt. cum l. sequenti, ff. de acquir. rerum domin. At fictionem eius,qui est in vtero, trahere in præsens id, quod futurum speratur, dd. ll. qui in vtero, & ita vtraque fictio conuenit in eo, quod attēto tempore præsenti nulla vera persona datur, discrepat uerò, quod prima præteritum, secunda futurum in præsens trahit ad varios iuris effectus.

21 Quibus præmissis, † resoluendum puto, Imp. in præsenti cōprobare conantem institutionem in seruo hæreditario, adduxisse argumentū de seruo eius,qui est in vtero,sicut è conuerso, Iauolenus institutionem serui eius, qui est in vtero, comprobauit argumento institutionis factæ in seruo hæreditario, in d. l. eius seruum, ff. de hæred. instit. Similitudo autem colligitur ex dictis: nam sicut seruus hæreditarius attento statu præsenti verum dominum non habet, d. l. eius seruum,ibi: *Quamuis is testamenti facti tempore, nullius sit* text.; elegans, in l. vlt. ff. de crimine expil. hæredit. l. 1. ff. de rerum diuisione, ita seruus eius, qui in vtero est, interim nullius esse à parte rei censetur, l. vlt. ff. de collat. bonorum, & sicut fictione iuris in hæreditate iacente persona defuncti ficta continuari dicitur, d. l. in eo, §. vlt. cum l. sequenti, ff. de acquir. rerum domin. ita in eo, qui est in vtero, iam persona eius consideratur nata, quoad eius commoda, dd. ll. qui in vtero, ff. de statu homin. Et sicut hęreditas iacens, prout personæ vicem sustinet, capacitatem præstat seruis hæreditarijs, ita etiam suspensum ius eius, qui est in vtero capacitatem confert seruis, qui eius esse sperantur iam ab eo tempore, à quo conceptus est, postliminij cuiusdam similitudine, argumento text. in l. penult. §. pater, ff. de castr. pecul. & sicut tandē hæreditati iacenti superuenit vera persona per aditionem hæreditatis, quæ retro pro illo tempore dominus censetur, d. l. hæres quandoque, ff. de acquir. hæred. l. si ex re, §. vlt. ff. de stipul. seruorum, vbi propterea licet seruo hæreditario stipulari futuro hæredi, ita etiam per natiuitatem eius,qui ante erat in vtero, vera persona exit, quæ retro à tempore conceptionis in lucem edita censetur, dd. ll. qui in vtero, vnde colligitur verus sensus, in quo potest accipi dictum Aretini, in l. Gallus, col. 4. ff. de liber. & posth. qui hęreditatem iacentem posthumo alieno comparabat.

22 Ex quibus † iam patet, mentem Cæsaris, & Iauoleni fuisse, comparare vtramque institutionem, & comprobare alteram alterius exemplo. Itidem rationem dubitandi in eo constitisse, quod licet posthumus alienus antea potuisset institui, saltem de iure Prætorio, §. posthumus, Inst. de legatis, vbi Costa, n. 13. Vigl. in præf. n. 5. & nunc etiam de iure ciuili, text. in princip. Inst. de bonorum possess. id tamen non poterat efficere, vt interim capacitatem præstare seruis, qui eis in tempus natiuitatis reseruantur: quod etiam militabat in seruis eorum, qui iam erant in vtero; quia persona ficta, quæ in hęreditate iacente consideratur, & quæ seruis hæreditarijs capacitatem præstat, publicæ necessitatis causa recepta fuit, de qua supra; & non videbatur porrigenda ad eum casum, quo instituitur seruus eius, qui est in vtero. Verum, quia etiam vtilitatis publicæ causa receptum est, vt qui in vtero sunt, iam tunc nati censeantur, dd. ll. qui in vtero, §. cum autem, Inst. de tutelis, æquum visum est, vt illa fictè nata persona, capacitatem cōferret seruis quorum dominium in natiuitatem eidem reseruatur; & ita idem operetur ficta persona, quæ in hęreditate iacēte necessitatis causæ inducitur, ac illa quæ ab vtero vtilitatis causa procedit, iuxta suprapositam utriusque similitudinem.

Nec obstat, quod seruus eius, qui in vtero est, interim debet existere sub dominio alicuius (cum non nato, perinde sit, ac si nunquam ei reseruaretur, argumento text. in l. vtrum, ff. de reb. dubijs) ergo capacitas ab eo, & non ab utero capienda est. Etenim respondetur, quod supposito, quod iste seruus reseruatur ventri iam concepto; & multoties eius nomine possessio capitur, iuxta tit. ff. de uentre in possess. mitt. eiusdem iam ex tunc censetur, supposita fictione dd. ll. qui in vtero, ff. de statu homin. vbi glos. plura similia congerit, quam fictionē voluit conseruare testator, qui talem seruum instituit sub contemplatione eius, qui in vtero erat; vnde nihil mirum quod ab vtero capacitatem capiat. Quod innuit Cæsar in præsenti, ibi: *Cum etiam eius, qui in vtero est, seruus*, &c. Argumentum verò euincet in eo, qui nondum conceptus est, vt infra tangemus.

23 Vnde † primo infertur, quod si ille, qui in vtero est, natus capax non foret, non posset etiam prodesse institutio in eius seruo: cum capacitas ab eo deriuanda sit, iuxta supradicta; argumento text. in l. seruus, 52. ff. de hæred. instit. iuncta suprapposita æquiparatione hæreditatis iacentis, & eius qui est in vtero.

Si autem abortus fiat, quo casu retinetur in dominio alterius, à quo capacitatem habere potest, cui acquirere debeat, dubitationis est. Quā quæstionē resoluemus in cap. sequenti, vbi agemus de ijs, qui instituuntur contēplatione aliorum, quibus acquirere non possunt.

24 Infertur † secundò, facilius posse procedere institutionem seruorum eius, qui adhuc non est in vtero, quam qui iam in vtero

L erat:

erat: nam institutio serui respectu vteri, cuius esse speratur, ab illo debet capacitatem mutuari, quod iuris rigori repugnabat, propter l. vlt. ff. de collat. bonorum. At quando instituitur seruus, qui seruatur ei, qui nondum conceptus est, sed quandocunque nasci speratur, verum quidem est, testatorem instituere contemplatione futuri posthumi, non tamen quatenus iam aliqualiter sit futuri posthumi, & ab illo capacitatem aucupetur, (cum id sit impossibile) sed quatenus interim capacitatem habet ab aliquo alio domino, qui nascituro posthumo dare tenetur, vel ab hæreditate iacente: quo casu vel nulla, vel minor dubitatio erat. An autem seruus, qui reseruatur posthumo alieno nondum concepto, institui possit, inferius tangemus.

25 Infertur † tertio, efficaci spiritu Imper. in præsenti posuisse illa verba; *Eius, qui in vtero est*; quia cum ageretur de ficta persona, quæ capacitatem seruis præstare possit, vt omnimodam induceret comparationem cum seruo hereditario, opus erat, vt seruus institutus eius foret qui in vtero esset, ad effectum, vt co nato, iam retro à tempore conceptionis in lucem editus intelligeretur, vt supra ostendimus: & ita vtrobique tam in seruo hæreditario, quam in seruo vteri, capacitas præstatur per fictionem, vel eius qui fuit, vel eius qui esse speratur; quæ vltima fictio, requirit omnino conceptionem, vt patet ex dd. ll. qui in vtero, ff. de statu homin. & latius infra ostendemus.

26 Vnd † subinferes d. l. eius seruum, 64. ff. de hæred. instit. ibi: *Eius seruum, qui post mortem meam natus erit*, &c. dum loquitur de posthumo alieno, vt tenet Costa, in d. §. posthumus, à num. 6. Inst. de legatis, intelligi debere de eo, qui iam erat in vtero tempore testamenti, tunc enim verificantur verba illa: *Eius seruum*; quę aliquo modo, saltem fictè, ostēdunt dominium posthumi in seruo tempore testamenti. Deinde, in hoc tendit comparatio, similitudo, & argumentum quod ibidem adducit Iauolenus ex seruo hæreditario, qui interim sub dominio ficto est, l. hæreditas in multis, ff. de acquir. rerum domin. iunctis supradictis. Tandem hoc explicat Imper. in nostro vers. cum etiam, vbi in ijsdem terminis ostendit seruum debere esse eius, qui in vtero est.

27 Secundum † quæ, non benè ex d. l. eius seruum, deducit Costa, in §. posthumus, n. 6. Inst. de legatis, remedium, quo posthumi alieni attento tempore antiquo effectualiter de iure ciuili institui posse existimarentur, si videlicet eorundem serui instituerētur: nam licet opinionem non damnem, quia serui, qui reseruantur posthumo nondum concepto, poterunt institui sub ea capacitate, quam habuerint eorum domini, qui in præsentiarum sunt: nec enim id, quod nullatenus est in rerū natura, aliquem pōt operari extra se effectū, iuxta vulgare notatū, in l. eius qui in prouincia, ff. si cert. petat & quāuis ipsi posthumi alieni ēt postea concipiēdi, potuissent antiquitus de iure Prætorio, & nunc de ciuili, institui, id tātum ostendit in posterū potentiā passiuā, quasi testatores hæreditatē conferant in tēpus, quo posthumis acquiri possit, argumento text. in l. in tempus, 62. ff. de hæred. instit. non verò, quod possint iam ex tunc capacitatē conferre seruis qui eis reseruātur, quā ipsi nō habent, nec habere possunt de præsenti. Quāuis itaq; non damnem, immò admittā opinionem eorū, qui tenent posse institui seruum posthumi alieni, ēt nondum concepti, securè tamen puto, non cōprobari ex d. l. eius seruū, in qua duntaxat agitur de instituendo seruo eius, qui in vtero est; vt ab illo censeatur seruus capacitatē mutuari, sicut seruus hereditarius ab hæreditate iacente; cuius argumentum adducit I. consultus ibidem: quod neutiquam cōcluderet, nisi posthumus aliquid effectiuè operaretur circa capacitatem serui, alioquin longa patebat differentia ratio inter seruum hæreditarium, & eum, qui reseruatur posthumo postea concipiendo, vt ex proximè dictis colligitur.

28 Tandem † falsò infert Costa, in d. §. posthumus, nu. 7. Inst. de legatis, dum ex eo, quod in nostro §. seruus ēt, vers. cum ēt, Imp. adducit exemplum serui eius, qui in vtero est, in confirmationē institutionis in seruo hæreditario; colligit ipse, quod sicut hodie valida est de iure ciuili institutio posthumi alieni, cuius seruus hic instituitur; ita etiam valida sit institutio hæreditatis iacentis, de cuius quoque seruo instituēdo sermo erat, vt ita argumentum ab Imper. adductum non solum probet institutionem serui hæreditarij, & eius, qui in vtero est, validam esse, sed etiam valere institutionem ipsius hæreditatis, sicut & is, qui in vtero est posthumus alienus, potest institui.

Verum præpostera est hæc illatio, & falsa; in primis enim comparatio, & argumentum, quod Imp. adducit, non tendit in posthumū alienum generaliter, & indistinctè: nec de hoc sermo est in præsenti, sed potius, de eo tātum, qui in vtero est, propter supradictas rationes.

Itidem & institutio hæreditatis iacentis absona semper iudicari debet, quidquid etiam Ioannis Fabri autoritate firmetur in nostro § seruus etiam: nam hæreditatis iacentis capacitas solum operatur effectiuè, non vero contētiuè, hoc est, facit capaces seruos, quos habet, ipsa verò non continetur sub capacitate, præcipuè, quia ista persona ficta solum consideratur, dū bona iacent: adeunte vero herede, recedit,

dit', ac si eo tempore non extitisset, ex dispositione l. hæres quandoque, ff. de acquir. hæred. l. si ex re, §. vlt. ff. de stipulat. seruorum, & supra notauimus; vnde sequebatur, euanescere debere institutionem in ea factam.

29 Deinde † semper instituti voluntas inspicitur quoad aditionem, l. 3. C. de hæred. instit. vbi notat glos. & Doctores; at in hæreditate iacente id considerari nequit, nec enim adire, aut velle adire potest, cum sit facti, l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum dominio. id autem, quod facti est, non potest ab hæreditate iacente expediri, vt exprimit I. c. in l. hæreditas in multis, ff. de acquir. rerum domin. Nec satisfaciet, qui dixerit, id fieri posse per hæredem postea adeuntem, quia esset transmittere hæreditatem non aditam, & sicut defunctus, si institutus decederet, non transmitteret, l. vnica, §. in nouissimo, C. de caducis tollend. ita etiam hæreditas, quæ personam defuncti sustinet, (si ipsa institueretur) non transmitteret. Nam id tantum in hæredem hæreditas transfundit, quod ipsius hæreditatis fuit, l. 1. §. Scæuola, ff. si is, qui testamento liber esse, & ibi: *Quia hæreditas in eum* (scilicet hæredem) *quod est hæreditatis, id tantum transfundit*, &c. innuit glos. ibidem, verbo, hæreditatis, dum exemplificat in dominijs, & iuribus; pro iuribus verò intelligit iura formata, quæ præstant ius agendi, vel persequendi; & ita in hæredes transmissibilia sunt, l. hæres in omne, ff. de acquir. hæredit. ius autem adeundi hæreditatem non est ex dictis, nec in bonis est, elegãter Socinus in l. qui duos, n. 31. ff. de rebus dubijs. Lusitanus Cabedo decis. 109. n. 2. tomo 1. Costa in d. l. qui duos, §. cum in bello, verbo, bona vindicaret, nu. 4. & propterea non trasmittitur in hæredem, vt probauimus.

Accedit, quia ex l. debitor, 82. §. vlt. ff. de legatis 2. manifestè colligitur, hæreditatem iacentem institui non posse, vt eleganter deducit Raph. Cuman. in l. non minus, §. 1. de hæred. instit. & hoc nulla apparet lege emendatum; nec per subauditos intellectus legum, correctio inducenda est, l. præcipimus, ad finem, C. de appellationibus, ergo, &c.

30 Comparatio † autem posthumi alieni nihil euincit: quia licet de iure ciuili nunc, & antiquitus de iure Prætorio institui posset, (vt supra probauimus) id tamen nitebatur in eo, quod vera persona ac certa spectabatur, qua nata, effectum sortiebatur ante facta institutio; & posthumo non nato, perinde erat, ac si facta non esset, l. vtrum, iuncta præcedenti, ff. de rebus dubijs. At in hæreditate iacente, prout defunctum repræsentabat, nunquam poterat spectari persona vera eiusdem (nec in hæredem institutionis transmissio fieri poterat, iuxta supradicta) ergò, statim debet euanescere institutio, & omninò inutilis est, sicut diximus in posthumo non nato, cui non nato quoad hunc effectum instituendi comparari adhuc potest hæreditas iacens.

SVMMARIVM.

Latè agitur de concordia l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. l. liber homo, 19. ff. eodem tit: l. aditio, 45. verf. vlt. ff. de acquir. hæredit. à num. 1. per tot.

Homo liber bona fide possessus extra duas causas, scilicet operam suam, & rem domini putatiui, illi non acquirit, sed sibi. n. 2.

Homo liber bona fide possessus, est capax omnis obligationis, & obligatur inuicem cum domino putatiuo. ibidem.

Aditio hæreditatis non est in opera. nu. 3.

Explicatur d. l. aditio, in principio, ibidem.

Aditio non dicitur ex re domini, num. 4. & vide omnino nu. 23. ad finem.

Quomodo intelligatur ex re domini acquisitio fieri, d. num. 4.

Homo liber bona fide seruiens, ignorans conditionem suam, si iussu domini putatiui adeat hæreditatem, si institutus est, illi non acquirit. à nu. 6. quamuis testator eum instituat contemplatione domini putatiui, num. 8. & quamuis seruus putatiuus illi velit acquirere. num. 9.

Latè explicatur d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. à nu. 6. cum seqq.

Explicatur l. liber homo, 20. ff. de stipulat. seruorũ n. 7.

Reprobatur quædam Accursij opinio, nu. 9.

Homo liber bona fide seruiens, ignorans conditionem suam, qui iussu domini adiens nihil ei acquirit, an sibi acquirat? sub distinctione resoluitur, nu. 10.

Explicatur l. liber homo, 59. ff. de hæred. instit. ibidem.

In homine libero bona fide possesso hæreditatem adeunte, solus domini putatiui iussus nihil omninò operatur, ibidem.

Aditio est actus legitimus, & vbi primum ritè fit, statim obligat adeuntem. vel eum, cui hæreditas acquiritur. num. 11.

Explicatur l. qui in aliena, 6. §. si is qui putabat, in 2. responso, ff. de acq. hæred. nu. 12.

Filiusfam. ignorans, quod sui iuris factus sit, hæreditatem rectè adit. ibidem, & nu. 18.

Filiusfam. dubitans an sui iuris factus sit, rectè adit. dd. nu. 12. & 18.

Errans, & dubitans, regulariter æquiparantur. d. n. 12.

Reprobatur Accursij interpretatio ad d. §. si is qui putabat, in 2. resp. nu. 13.

Reprobatur Bart. interpretatio ad eundem §. si is qui putabat, in 2. responso, nu 14.

Explicatur l. si mulier, §. si metu, ff. de eo, quod metus causa, num. 16.

Qui coactus adit hæreditatem, habet remedium abstensionis. ibidem.

Quando quis fallens adit, licet coactus, nulla est aditio. ibidem.

Declaratur regula l. qui bona fide, 23. vers. generaliter, ff. de acquir. rerum domin. & l. homo liber, 54. vers. quidquid, infra, eodem tit. nu. 17. & omnino, nu. 24.

Reprobatur quædam Franc. Connani opinio, nu. 19. & 27.

Liber homo bona fide seruiens, ignorans conditionem suam, si sponte adit hæreditatem, sibi acquirit. à num. 20.

Quando regulariter homo liber bona fide possessus, non acquirit domino putatiuo, scientia liberæ conditionis plus operatur, vt aliquando illi acquirat, quam ignorantia. nu. 22.

Liber homo bona fide possessus ignorans conditionem suam, si instituatur contemplatione domini putatiui, & illius iussu adeat, illi acquirit: sed an directè, vel indirectè; dubitationis est? nu. 23. vbi resoluitur.

Eleganter explicatur l. aditio, vers. vlt. ff. de acquir. hæred. num. 23.

Homo liber bona fide possessus, sciens conditionem suam, sponte adiens hæreditatem, sibi acquirit. nu. 24.

Latè explicatur l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin. à nu. 24. cum seqq.

Si homo liber bona fide seruiens, sciens conditionem suam, domino putatiuo velit acquirere, illi acquirit, à nu. 25.

Vt alicui hæreditas quæratur, semper requiritur eius iussus. nu. 26.

Eleganter agitur de ratione, ob quam homo liber bona fide seruiens, sciens conditionem suam, volens domino putatiuo acquirat. num. 27.

Quæ requirantur, vt per liberum hominem bona fide possessum directò quæratur hæreditas domino putatiuo. nu. 28.

Liber homo bona fide possessus, sciens conditionem suam, si ex solo iussu domini putatiui adeat, nemini acquirit. nu. 29.

Et si habebat animum sibi acquirendi, sibi acquirit. nu. 30.

Homo liber bona fide possessus, sciens conditionem suam, institutus contemplatione domini putatiui, si nolit adire, & restituere, cogendus erit ad exemplum coactionis Trebellianicæ, numero 31.

Homo liber bona fide seruiens, in quibus casibus domino putatiuo hæreditatem acquirat. nu. 32.

Seruus alienus bona fide possessus, quomodo acquirat hæreditatem bonæ fidei possessori. nu. 33.

Seruus alienus bona fide possessus, hæres institutus sine contemplatione bonæ fidei possessoris, illi non potest hæreditatem acquirere, quamuis maximè velit. nu. 34.

Explicatur l. cum autem, §. vlt. vers. vlt. ff. de Aedilit. edict. à nu. 35.

Vendito seruo instituto contemplatione venditoris, hæreditas ad emptorem omninò pertinet. ibidem.

Explicatur l. Iulianus. 14. §. si quid seruo, ff. de act. empt. nu. 35.

Reprobatur quædam glossæ interpretatio ad d. §. si quid seruo, nu. 36.

Vendito seruo, qui postea instituitur contemplatione venditoris antiqui, hæreditas omninò eidem restituenda est. nu. 37.

Reprobatur altera glossæ interpretatio ad d. §. si quid seruo, nu. 38.

Eleganter explicatur d. l. cum autem, §. vlt. vers. Pedius, ff. de ædilit. edicto à nu. 39.

Emendatur litera communis d. §. vlt. vers. Pedius, nu. 40.

Emptore redhibente seruum eius contemplatione institutum, hæreditas omninò pertinet ad venditorem. à nu. 41.

Ex redhibitione voluntaria fit aliquando deterior conditio emptoris, & pignus ab eo constitutum durat, secundus ex necessaria. nu. 43.

Si seruus post factam redhibitionem instituatur contemplatione pristini emptoris, illi hæreditas restituenda est. nu. 44.

Quid dicendum, quando instituitur seruus eius, qui est in vtero, & sub contemplatione ipsius, & postea abortus fit. à nu. 45. & præsertim. à nu. 49. & declara omninò, nu. 51.

Quando instituitur seruus sub commemoratione domini, illius contemplatione censetur institutus. ibidem.

Dies natiuitatis est incertus, an, & quando. numero 47.

Hæres grauatus sub conditione restituere, si pendente illa, fideicommissarius decedat, sibi lucratur, ac retinet hæreditatem. nu. 47.

Ex voluntate defuncti volentis ad aliquem pertinere suam hæreditatem, aliquando inducitur grauamen restituendi, aliquando directa acquisitio, secundum materiam subiectam. nu. 50.

Fiscus ab eo, qui sine voluntate defuncti retinet hæreditatem, eam aufert tanquam ab indigno. numero 51.

Quando conditio apponitur institutioni, & subiungitur grauamen restituendi, illa deficiente, totum extinguitur. nu. 52.

Quod diximus in seruo eius, qui est in vtero, idem intelligimus in seruo eius, qui adhuc non est conceptus, si eius contemplatione instituatur. numero 54.

CA-

CAPVT XII.

Concordia inter Iurisconsultos, Modestinum, in l. homo liber, 54. ff. de acquirendo rerum domin. Pomponium in l. liber homo, 19. ff. eodem tit. & Iulianum in l. Aditio, 45. vers. vlt. ff. de acquir. hæredit.

1 

Cribit † Modestinus, in d. l. homo liber: *Sed qui bona fide nobis seruit, acquirit: tamen si sponte sua sciens conditionem suam, adierit: nam si iussu nostro adierit, neque sibi, neque nobis acquirit, si non habuerit sibi acquirendi animum; quod si eam mentem habuerit, sibi acquirit;* &c. vbi in primo casu, quo homo liber bona fide possessus, hæreditatem, in qua institutus est, sponte sua, & sciens conditionem suam domino putatiuo vult acquirere, sine dubio acquirit.

Contradicit Pomponius, in l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. vbi in eadem quæstione, quam latè disputat, & resoluit ex Trebatij, ac Labeonis sententia, nullum casum excipit, quo domino putatiuo per liberum hominem bona fide possessum, hæreditas directò acquiratur, vt patet ibi: *Sed verius est, non acquiri, etiamsi testator ad me voluisset pertinere,* &c.

Tandem, dum Modestinus, in d. l. homo liber, inquit, quod præcedente iussu nostro, liber homo bona fide possessus adiens hæreditatem, nec sibi, nec nobis acquirit, itidem, & dum Pompon. in d. l. liber homo, vers. sed licet, ait, quod aliquando hæreditas ad dominum putatiuum indirectè permeat, si liber homo bona fide possessus instituatur contemplatione domini. Habent ex aduerso Iulianum, in l. aditio, 45. vers. vlt. ff. de acquir. hæred. ibi: *Et quod à quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi seruiebat, propter me hæres institutus erit, posse eum iussu meo adire hæreditatem: potest verum esse, vt intelligatur non opera sua mihi acquirere, sed ex re mea, sicut,* &c. Quibus verbis apertissimè ostendit, hominem liberum bona fide possessum, contemplatione domini putatiui institutum, non per restitutionem, sed directò, & præcedente iussu eiusdem domini, posse ei acquirere hæreditatem; id enim importat afferta acquisitio ex re domini, iuxta §. idem placet, Inst. per quas personas nobis acquir.

2 Antequam hanc legum antynomiam componere nitamur, præmittendum Primò, † hominem liberum bona fide possessum, extra duas causas, scilicet operam suam, & rem domini putauit, non domino, sed sibi acquirere, d. l. liber homo, in princip. d. l. homo liber, per totam, ff. de acquir. rerum domin. d. §. idem placet, vers. itaque, Inst. per quas person. nob. acquirit. & esse capacem omnis obligationis, & ita posse domino putatiuo promittendo, vel aliter contrahendo obligari, d. l. homo liber, vers. item promittendo, l. at qui natura, §. si libero homini, ff. de negot. gest. l. liber homo, qui bona, ff. de verb. obligat.

3 Præmittendum Secundò, † apud antiquos Iuris prudentes, cōtrouersum fuisse, an aditio hæreditatis esset in opera: nam Aristo putabat in opera consistere, vt innuit Pompon. in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. vbi refert alios dubitasse, vt patet ibi: *nec vlla eius opera esset, in legato: in hæreditate aliquatenus, quia per ipsum adiretus, quod & Varū Lucillus aliquando dubitasse ait,* &c. obtinuit tamen tāquam uerius, ne aditio hæreditatis esset in opera, quod patet ibidem: *Sed verius est,* &c. & ita tanquam extra controuersiam suo tempore tradit Iulianus, in d. l. aditio, ibi: *Aditio hæreditatis non est in opera serui,* &c. Francisc. Connan. lib. 3. Comment. iuris, cap. 7. a nu. 5. Quod merito ita constitutum est: nam siue consideremus operam in liberto, iuxta tit. ff. de operis libertorum; siue in seruo, iuxta tit. ff. de operis seruorum, semper opera consistit in officio diurno, vel quolibet alio actu ordinario proueniente à seruo, vel aliberto, iuxta vtramque l. 1. ff. de operis libertorum, & de operis seruorum. At aditio hæreditatis licet operam inuoluat, vt innuit d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Quia per ipsum adiretur,* &c. non tamen est opera, vel actus proueniens ab ipso instituto, sed potius per accidens, propter acquisitionem hæreditatis, quæ ex voluntate libera testatoris instituto cō petit; & ideo dicebat Iulianus, in d. l. aditio, non esse in opera serui, quasi qualisqualis opera denegari non possit, sed non esse cam, quæ requiritur, hoc est, seruilem.

4 Præmittendum tandem, † aditionem nec etiam ex re domini dici posse, quia hæreditas antequam adita sit, solum ius quoddam laudabile præstat, & quod in bonis esse non dicitur, vt probauimus cap. præcedenti, num. 29. constat autem rem domini, quoad præsentem inspectionem, cōsiderari respectu temporis præcedentis, id enim significat fieri ex re domini acquisitionem, id est, ex præexistenti materia,

Explicatur l. si mulier, §. si metu, ff. de eo, quod metus causa, num. 16.

Qui coactus adit hareditatem, habet remedium abstensionis. ibidem.

Quando quis fallens adit, licet coactus, nulla est aditio. ibidem.

Declaratur regula l. qui bona fide, 23. vers. generaliter, ff. de acquir rerum domin. & l. homo liber, 54. vers. quidquid, infra, eodem tit. nu. 17. & omnino, nu. 24.

Reprobatur quadam Franc. Connani opinio, nu. 19. & 27.

Liber homo bona fide seruiens, ignorans conditionem suam, si sponte adit hareditatem, sibi acquirit. à num. 20.

Quando regulariter homo liber bona fide possessus, non acquirit domino putatiuo, scientia libera conditionis plus operatur, vt aliquando illi acquirat, quam ignorantia. nu. 22.

Liber homo bona fide possessus ignorans conditionem suam, si instituatur contemplatione domini putatiui, & illius iussu adeat, illi acquirit: sed an directè, vel indirectè; dubitationis est è nu. 23. vbi resoluitur.

Eleganter explicatur l. aditio, vers. vlt. ff. de acquir. hared. num. 23.

Homo liber bona fide possessus, sciens conditionem suam, sponte adiens hareditatem, sibi acquirit. nu. 24.

Latè explicatur l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin. à nu. 24. cum seqq.

Si homo liber bona fide seruiens, sciens conditionem suam, domino putatiuo velit acquirere, illi acquirit, à nu. 25.

Vt alicui hareditas quaratur, semper requiritur eius iussus. nu. 26.

Eleganter agitur de ratione, ob quam homo liber bona fide seruiens, sciens conditionem suam, volens domino putatiuo acquirat. num. 27.

Qua requirantur, vt per liberum hominem bona fide possessum directò quaratur hareditas domino putatiuo. nu. 28.

Liber homo bona fide possessus, sciens conditionem suam, si ex solo iussu domini putatiui adeat, nemini acquirit. nu. 29.

Et si habebat animum sibi acquirendi, sibi acquirit. nu. 30.

Homo liber bona fide possessus, sciens conditionem suam, institutus contemplatione domini putatiui, si nolit adire, & restituere, cogendus erit ad exemplum coactionis Trebellianica, numero 31.

Homo liber bona fide seruiens, in quibus casibus domino putatiuo hareditatem acquirat. nu. 32.

Seruus alienus bona fide possessus, quomodo acquirat hareditatem bona fidei possessori. nu. 33.

Seruus alienus bona fide possessus, hæres institutus sine contemplatione bona fidei possessoris, illi non potest hereditatem acquirere, quamuis maximè velit. nu. 34.

Explicatur l. cum autem, §. vlt. vers. vlt. ff. de Aedilit. edict. à nu. 35.

Vendito seruo instituto contemplatione venditoris, hareditas ad emptorem omninò pertinet. ibidem.

Explicatur l. Iulianus. 14. §. si quid seruo, ff. de act. empt. nu. 35.

Reprobatur quadam glossa interpretatio ad d. §. si quid seruo, nu. 36.

Vendito seruo, qui postea instituitur contemplatione venditoris antiqui, hareditas omnino eidem restituenda est. nu. 37.

Reprobatur altera glossa interpretatio ad d. §. si quid seruo, nu. 38.

Eleganter explicatur d. l. cum autem, §. vlt. vers. Pedius, ff. de adilit. edicto à nu. 39.

Emendatur litera communis d. §. vlt. vers. Pedius, nu. 40.

Emptore redhibente seruum eius contemplatione institutum, hareditas omninò pertinet ad venditorem. à nu. 41.

Ex redhibitione voluntaria fit aliquando deterior conditio emptoris, & pignus ab eo constituum durat, secundus ex necessaria. nu. 43.

Si seruus post factam redhibitionem instituatur contemplatione pristini emptoris, illi hareditas restituenda est. nu. 44.

Quid dicendum, quando instituitur seruus eius, qui est in vtero, & sub contemplatione ipsius, & postea abortus fit. à nu. 45. & præsertim. à nu. 49. & declara omninò, nu. 51.

Quando instituitur seruus sub commemoratione domini, illius contemplatione censetur institutus. ibidem.

Dies natiuitatis est incertus, an, & quando. numero 47.

Hæres grauatus sub conditione restituere, si pendente illa, fideicommissarius decedat, sibi lucratur, ac retinet hareditatem. nu. 47.

Ex voluntate defuncti volentis ad aliquem pertinere suam hareditatem, aliquando inducitur grauamen restituendi, aliquando directa acquisitio, secundum materiam subiectam. nu. 50.

Fiscus ab eo, qui sine uoluntate defuncti retinet hereditatem, eam aufert tanquam ab indigno. numero 51.

Quando conditio apponitur institutioni, & subiungitur grauamen restituendi, illa deficiente, totum extinguitur. nu. 52.

Quod diximus in seruo eius, qui est in vtero, idem intelligimus in seruo eius, qui adhuc non est conceptus, si eius contemplatione instituatur. numero 54.

CA-

CAPVT XII.

Concordia inter Iurisconsultos, Modestinum, in l. homo liber, 54. ff. de acquirendo rerum domin. Pompon. in l. liber homo, 19. ff. eodem tit. & Iulianum in l. Aditio, 45. vers. vlt. ff. de acquir. hæredit.

1 Cribit † Modestinus, in d. l. homo liber: *Sed qui bona fide nobis seruit, acquirit: tamen si sponte sua sciens conditionem suam, adierit: nam si iussu nostro adierit, neque sibi, neque nobis acquirit, si non habuerit sibi acquirendi animum; quod si eam mentem habuerit, sibi acquirit;* &c. vbi in primo casu, quo homo liber bona fide possessus, hæreditatem, in qua institutus est, sponte sua, & sciens conditionem suam domino putatiuo vult acquirere, sine dubio acquirit.

Contradicit Pomponius, in l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. vbi in eadem quæstione, quam latè disputat, & resoluit ex Trebatij, ac Labeonis sententia, nullum casum excipit, quo domino putatiuo per liberum hominem bona fide possessum, hæreditas directò acquiratur, vt patet ibi: *Sed verius est, non acqui- , etiamsi testator ad me voluisset pertinere*, &c.

Tandem, dum Modestinus, in d. l. homo liber, inquit, quod præcedente iussu nostro, liber homo bona fide possessus adiens hæreditatem, nec sibi, nec nobis acquirit, itidem, & dum Pompon. in d. l. liber homo, vers. sed licet, ait, quod aliquando hæreditas ad dominum putatiuum indirectè permeat, si liber homo bona fide possessus instituatur contemplatione domini. Habent ex aduerso Iulianum, in l. aditio, 45. vers. vlt. ff. de acquir. hæred. ibi: *Et quod à quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi seruiebat, propter me hæres institutus erit, posse eum iussu meo adire hæreditatem: potest verum esse, vt intelligatur non opera sua mihi acquirere, sed ex re mea, sicut*, &c. Quibus verbis apertissimè ostendit, hominem liberum bona fide possessum, contemplatione domini putatiui institutum, non per restitutionem, sed directò, & præcedente iussu eiusdem domini, posse ei acquirere hæreditatem; id enim importat asserta acquisitio ex re domini, iuxta §. idem placet, Inst. per quas personas nobis acquir.

Antequam hanc legum antynomiam componere nitamur, præmittendum Primò, † hominem liberum bona fide possessum, extra duas causas, scilicet operam suam, & rem domini putauit, non domino, sed sibi acquirere, d. l. liber homo, in princip. d. l. homo liber, per totam, ff. de acquir. rerum domin. d. §. idem placet, vers. itaque, Inst. per quas person. nob. acquirit. & esse capacem omnis obligationis, & ita posse domino putatiuo promittendo, vel aliter contrahendo obligari, d. l. homo liber, vers. item promittendo, l. at qui natura, §. si libero homini, ff. de negot. gest. l. liber homo, qui bona, ff. de verb. obligat.

2

3 Præmittendum Secundò, † apud antiquos Iuris prudentes, cōtrouersum fuisse, an aditio hæreditatis esset in opera: nam Aristo putabat in opera consistere, vt innuit Pompon. in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. vbi refert alios dubitasse, vt patet ibi: *nec vlla eius opera esset, in legato: in hæreditate aliquatenus, quia per ipsum aditur, quod & Varū Lucilius aliquando dubitasse att.* &c. obtinuit tamen tāquam uerius, ne aditio hæreditatis esset in opera, quod patet ibidem: *Sed verius est*, &c. & ita tanquam extra controuersiam suo tempore tradit Iulianus, in d. l. aditio, ibi: *Aditio hæreditatis non est in opera serui*, &c. Francisc. Connan. lib. 3. Comment. iuris, cap. 7. a nu. 5. Quod merito ita constitutum est: nam siue consideremus operam in liberto, iuxta tit. ff. de operis libertorum; siue in seruo, iuxta tit. ff. de operis seruorum, semper opera consistit in officio diurno, vel quolibet alio actu ordinario proueniente à seruo, vel a liberto, iuxta vtramque l. 1. ff. de operis libertorum. & de operis seruorum. At aditio hæreditatis licet operam inuoluat, vt innuit d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Quinimo per ipsum aditur*, &c. non tamen est opera, vel actus proueniens ab ipso instituto, sed potius per accidens, propter acquisitionem hæreditatis, quæ ex voluntate libera testatoris instituto cō petit; & ideo dicebat Iulianus, in d. l. aditio, non esse in opera serui, quasi qualisqualis opera denegari non possit, sed non esse eam, quæ requiritur, hoc est, seruilem [illegible]

4 Præmittendum tandem, † aditionem nec etiam ex re domini dici posse, quia hæreditas antequam adita sit, solum ius quoddam [illegible] bile præstat, & quod in bonis esse non dicitur, vt probauimus cap. præcedenti, num. 29. constat autem rem domini, quoad præsentem inspectionem, cōsiderari respectu temporis præcedentis, id enim significat fieri ex re domini acquisitionem, id est, ex preexistenti materia,

quæ domini erat innuit Vlp. in l. sed & si quis stipuletur, §. 1. ff. de vsufructu. quod quidem in hæreditate considerari nequit.

5 His præmissis, † pro conciliatione prædictorum iurium duo membra distinguenda sunt: Primum sit, quando homo liber bona fide possessus ignorat suam conditionem; in quo mēbro tres casus separandi sunt, Primus est, quando iussu tantum domini putatiui adit hæreditatem, in qua institutus est. Secundus, quando spontè sua. Tertius, quando iussu domini putatiui adit hæreditatem, in qua institutus est sola contemplatione domini.

Secundum membrum est, quando homo liber bona fide possessus, scit conditionē suam; In quo etiam distinguendi sunt tres casus. Primus est, quando sciens conditionem suam, & volens adit. Secundus, quando iussu tantum domini sciens adit. Tertius est, quando institutus est sola domini putatiui contemplatione, sciens conditionem suam.

6 Quod † attinet ad primum casum primi, an scilicet institutus seruus putatiuus ignorans se esse liberum, & adiens hæreditatem iussu domini, eidem acquirat? Secure respondendū, non acquirere domino putatiuo; ita expressit Pompon. in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Sed verius est, non acquiri*, &c. Ratio est: quia hæc acquisitio non fit ex opera seruili, nec ex domini re, in quibus terminis solum fit acquisitio domino putatiuo, iuxta supra præmissa, ergo &c.

7 Verum obstat, † quod quando liber homo bona fide possessus, sibi non acquirit, putatiuo domino acquirit, vt per text. ibi, notat Bart. & reliqui, in l. liber homo, 20. ff. de stipulat. seruorum. Sed facile responde, d. l. liber homo, proximè citatam restringendam esse ad terminos, de quibus loquitur, vt optimè considerat Cuiac. lib. 4. Obseruationum, cap. 1. ad finem: sicut in hæreditatis acquisitione limitanda est similis regula è conuerso facta, vt inferius ostendemus.

8 Suprapositam resolutionem † amplia Primò, etiamsi instituatur contemplatione domini putatiui, vt expressit Pompon. in d. l. liber homo, ibi: *Sed verius est, non acquiri, etiamsi testator voluisset ad me pertinere*, &c. De quo latius videbis in tertio casu, huius primi membri.

9 Amplia † Secundo etiamsi maximè velit domino putatiuo acquirere: & ita deceptum esse Accurt. verbo, non acquiri, in d. l. liber homo, vbi dicit, quod si seruus putatiuus ignorans conditionem suam, mihi velit acquirere hæreditatem, in qua institutus est, eam sine dubio acquirit; quod tamen falsum est: nam in primis aditio illa non est in opera seruili; nec item ex re domini; quibus casibus diximus illi acquiri posse. Itidem serui putatiui voluntas nihil potest operari iure renitente; nec insuper interpretari tanquam donantis, quia qui nescit conditionem suam, nequaquam potest cogitare se donare posse, & ob id vnico tantum casu, semota domini putatiui contemplatione, eidem acquirit; nimirum, quando sponte sua sciens conditionem suam, vult domino acquirere, vt infrà ostendemus.

10 Supposito † igitur, quod in hoc primo casu, non acquirit domino putatiuo, quæstionis est, an sibi aquirat? I. c. Trebatius in ea fuit opinione, vt putaret indistinctè talem seruū adeuntem, sibi acquirere hæreditatē, vt refert Pompon. in l. liber homo, 19. ff. de acq. rerum domin. ibi: *Sed Trebatius ait, si liber homo bona fide seruiens, iussu eius, cui seruit, hæreditatem adijsset, hæredem ipsum fieri; nec interesse, quid senserit, sed quid fecerit.* Labeo tamen distinguit, quod aut adit ex necessitate, hoc est, ex solo iusse domini putatiui, sine animo sibi acquirendi: & tunc nemini acquirit; aut vltra iussum datur in ipso voluntas sibi acquirendi; & tunc sibi acquirit. Quam Labeonis distinctionem probat Pompon. in d. l. liber homo, 19. ff. de acq. rerum domin. Eandem amplectitur I. c. Celsus, reprobato Trebatio; in l. liber homo, 59. ff. de hæred. instit. innuit Accurt. verbo, non libera, in l. at qui natura, §. si libero, ff. de nogotijs gest. & quod solus iussus neutri proficiat, probat etiam text. in l. qui in aliena, 6. §. si is qui putabat, vbi Bart. & reliqui, ff. de acq. hæredit. in specie text. in l. qui putat, 74. §. qui bona fide, infra, eodem tit.

11 Et ratio † distinctionis est manifesta: nam qui solo domini iussu, & ex necessitate causatiua adit, vt alteri acquirat, nullatenus vult se obligare æri alieno hæreditario; Deinde dominum putatiuum non obligat, cui nihil acquirit, ex dictis; ergo aditio nulla est: nam ritè facta, statim debebat obligare, cum sit actus legitimus, l. actus legitimi, ff. de regulis iuris; innuit d. l. qui in aliena, in princip. ff. de acquir. hæred. & tradit in terminis glossa, verbo, sciens, in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. & verbo, si liber est, in §. idem placet, Inst. per quas personas nobis acquir. vbi omnes sequuntur.

Sed obstat Primò d. l. qui in aliena, §. si is qui putabat, ff. de acquir. hæred. in secundo responso, ibi: *Quamquam is, quem pater iusserit adire, & decesserit: si adierit iam mortuo patre, obliget se hæreditati*, &c. ergo sine voluntate quis obligari potest æri alieno hæreditario; cum solum ex necessitatè, hoc est, ex iussu adeat, & iubenti quærere velit.

Obstat

Obstat deinde l. si mulier, §. si metu, ff. quod metus causa, l. si metus, 85. ff. de acquir. hæredit. vbi hæredes compulsi, vt adeant, hæreditarijs oneribus ipso iure implicantur, si coacti adeunt, ergo & cetera.

12 Verum respondetur † propterea Vlp. in d. §. si is qui putabat, in 2. responso, dixisse filium obligari hæreditati mortuo patre, cum iussu ipsius adijsset: quia cum sciat, aut scire debeat, se mortuo patre sui iuris effici, & consequenter sibi acquirere, l. iusto, §. vlt. in fine, ff. de vsucap. cum alijs, si tempore, quo iussu patris vult adire, pater mortuus est, sibi sine dubio acquirit: quia videlicet in id iam paratus censetur; quod probat l. multum interest, 21. ff. de cond. & demonstr. nam licet erret in sua conditione, tamen in omnem euentum adire præsumitur. Sicut etiam dubitans filiusfamil. sibi acquirit, l. sed & si de sua, 34. ff. de acq. hæred. & ita argumento ducto a dubitante, confirmat Vlp. aditionem errantis in d. §. si is qui putabat, ibi: *Nam eum, qui dubitat*, &c. & ex iuris regula pariformiter censentur errans, ac dubitans, l. de statu suo, 15. ff. qui test. facere, & ita nihil mirum, quod ab vno, ad alterum ducatur, & valeat argumentum.

13 Vnde Primò † colliges, d. §. si is qui putabat, loqui principaliter de errante, hoc est, de existimante se esse filiumfamil. & iussu tantū patris adire; non verò de dubitante, quamuis argumento dubitantis vtatur, quidquid contra interpretari videatur glossa ibidem, verbo, factus sit.

14 Colliges Secundò, † deceptum fuisse Bart. in d. §. si is qui putabat, dum innuit filiumfamil. de quo ibi, sciuisse mortem patris, & ita inualidum fuisse iussum: nam interpretationē istam omninò respuit principium d. §. si is qui, (cui immediatè succedit vers. quamquam is, quem Bart. ita interpretatur) incipit enim loqui de errante; & d. vers. quamquam is, proposito simile errore contrarium decidit. Quod tandem confirmat argumento dubitantis, quod quidem argumentum respectu scientis erat ineptum, & inciuile; ergo malè deducit Bart. filiumfamil. ibidem sciuisse iussum fuisse inualidum tempore aditionis, cum adhuc ob eundem principaliter adeat, & in eo consistat ratio dubitandi d. vers. quamquam is.

15 Colliges tandem † ex vero intellectu d. §. si is qui putabat, nihil inferri contra suprapositam resolutionem: nam liber homo bona fide possessus, qui solo iussu adit, ignorans suā conditionem, non credit, nec credere debet ex aliqua iuris præsumptione, quod quando domino putatiuo non acquirit, sibi acquirere possit; quod manifestè comprobat d. §. si is qui putabat, in principio, vbi deciditur, neutri prodesse aditionem in propositis terminis, quod aliter eueniebat in vero filiofamil. errāte, ex dictis; & satis comprobat differentiam d. §. si is qui putabat.

16 Ad Secundum † ex d. §. si metu, respondetur, aditionem metu factam ipso iure obligare: quia vt text. ipse exprimit, hæres, licet coactè, voluit, & ideo inde colligunt glossa, & reliqui, voluntatem coactam, voluntatem esse. At liber homo bona fide possessus, solo iussu domini putatiui adit, vt ipsi domino acquirat, & nullam omninò voluntatem habuit, nec habuisse creditur, vt sibi acquirat.

Insuper, & ille qui coactus adiuit, Prætorio abstensionis remedio iuuatur, vt patet ex d. §. si metu, & d. l. si metus, ff. de cond. & de monstr. Quinimmo, si in ipsa coacta aditione fallat compellentes (quod aliunde colligitur) nec ipso iure à principio obligabitur, d. l. qui in aliena, §. vlt. ff. de acquir. hæred. vbi notant omnes, id verificari posse in eo, qui antea pro testatus erat, se nolle adire, quamuis cogatur: quia per coactam aditionem non creditur recessisse ab antiqua protestatione, vt communiter notatur in l. si quis in principio testamēti, ff. de legatis 3. ponit glos. in d. §. vlt. verbo, fallens, vbi Dynus, Bart. & reliqui.

17 Ex qua † sic defensa resolutione, venit limitanda regula l. qui bona fide, 23. vers. generaliter, ff. de acquir. rerum domin. d. l. homo liber, 54. §. quidquid, infra, eodem tit. dum generaliter efferunt, quidquid liber homo bona fide seruiens non potest acquirere domino putatiuo, sibi acquisiturum, vt regulariter intelligatur: non verò in aditione hæreditatis, in qua propter incomoda, & onera, quæ suapte natura inuoluit, l. more, 8. ff. de acquir. hæred. non censebitur quis in dubio se illi obligare voluisse, l. qui putat, 74. §. qui bona fide, ff. de acquir. hæredit.

18 Ratio autem † cur homo liber bona fide possessus, ignorans suam conditionem, sibi acquirat, quando iussu domini adit, non vt illi, sed vt sibi quærat, ea est: quia ignorantia, siue etiam dubitatio propriæ conditionis, (quādo adiens hæreditatem sibi potest acquirere, & vult, seu velle præsumitur) aditioni non obest d. l. qui in aliena, §. si is qui putabat, vers. quamquam is, l. sed & si de sua, d. l. qui putat, §. vlt. ad finem, ff. de acquir. hæred. l. multū interest, 21. ff. de cond. & demonstr. in specie text. in d. l. liber homo, 19. in fine, ff. de acq. rerum domin. quam ita etiam intelligit glos. verbo, non libera, in l. at qui natura, §. si libero, ff. de negot. gest. l. liber homo, 59. ff. de hæred. instituend.

19 Vnde colligitur † deceptum fuisse Connanum, lib. 3. Comment. cap. 7. nu. 7. qui putabat

bat hominem liberum bona fide seruientem, si de statu suo incertus esset, nequaquam posse sibi acquirere: nam id falsum est in aditione hæreditatis, vt constat ex relatis iuribus; nec Connan. excusat l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Sciens conditionem suam*, &c. quæ aliud intendit, vt inferius agemus.

20 Quod attinet † ad secundum casum primi, quando scilicet liber homo bona fide possessus ignorans conditionem suam, sponte adit hæreditatem, resoluendum est, sibi sine dubio acquirere, vt probatur à fortiori, in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. d. l. liber homo, 59. ff. de hæred. instit. nam si quando præcedenti iussu domini putatiui (quo casu regulariter neutri acquirebatur hæreditas, iuxta supradicta) concurrit simul voluntas libera adeundi, sibi acquirit: à fortiori acquiret sibi, quando nullo extrinsecus mouente, ac excitante, sed spontanea voluntate aduenit; & ita tandem sentit gloss a, verbo, sciens, in fine, in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin.

21 Nec tunc † obstabit d. l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin. ibi: *Si tamen sponte sua sciens conditionem suam adierit*, &c. vbi in eo casu acquiritur domino putatiuo, si sponte, & sciens suam conditionem adeat, ergo à fortiori, quando ignorasset: nam in primis respondetur, ibi interuenisse iussum domini putatiui, sine quo non poterat hæreditati obligari; itidem & voluntatem adeuntis, vt illi omnino acquireretur. notat latè glos. verb. sciens, in d. l. homo liber, & verbo, si liber est, in §. idem placet, Inst. per quas personas nob. acquir. quæ omnia deficiebant in supraposito casu; quinimmò, licet concurrissent, adhuc acquisitio fieri non poterat domino putatiuo, per seruum putatiuum ignorantem, vt ostendimus in primo casu.

Deinde, magis generaliter respondetur,
22 quod † licet scientia liberæ conditionis secundum se sit quo minus, non quo magis acquiratur domino putatiuo, quia videlicet, quisque refugit alijs, tanquam seruus acquirere: tamē, quando pro regula ponitur liberum hominē bona fide possessum hæreditatem non acquirere domino putatiuo, plus operatur scientia propriæ conditionis, quoad eandem acquisitionem domino putatiuo faciendam, quam ignorantia, vt apparebit ex eleganti ratione, de qua in primo casu secundi membri.

23 Quod attinet † ad tertium primi; quando scilicet liber homo bona fide seruiens, ignorās conditionem suam, instituitur sola contemplatione domini putatiui, & eiusdem iussu adit, an possit ipsi directò hæreditatem acquirere? Sunt discordantes Iurisconsultorum sententiæ: nam Pomp. in d. l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. clarè determinat directò acquirere non posse domino putatiuo: subijcit tamen: *Sed licet ei minimè acquirit: attamen si voluntas euidens testatoris appareat, restituendam esse ei hæreditatem, &c. At contra Iulianus, in d. l. aditio, 45. vers. vlt. ff. de acquir. hæred. vbi inquit. Et quod à quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi seruiebat, propter me hæres institutus erit, posse eum iussu meo adire hæreditatem: potest verum esse, vt intelligatur non opera sua mihi acquirere, sed ex re mea*, &c. Et quibus verbis colligitur, directam fieri acquisitionem domino putatiuo, qualis est ex re ipsius, vt innuit Imperat. in §. idem placet, Inst. per quas person. nob. acq. cum similibus.

In hac controuersia securè puto opinionē Pomponij in d. l. liber homo, amplexandam fore, ex præiactis fundamentis in hac materia; Nec obstare Iulianum, in d. l. aditio, vers. vlt. nam mens illius tota erat, vt ostenderet, aditionem hereditatis non esse in opera seruili, vt patet ex initio, quo exorditur, & discursu, quo prosequitur; secundum quæ, in d. vers. & quod à quibusdam, id tantum intendit, vt si quando vera esset opinio dicentium liberum hominem bona fide possessum, institutum contemplatione domini putatiui, hæreditatem eidem posse directò acquirere: ea in eo sensu vera esse possit, vt intelligeretur, non opera sua illi acquirere, sed ex re ipsius, quasi contemplatio domini putatiui in dicta institutione subeat vicem rei dominicæ. Vnde iam percipies, quo spiritu dixit: *Potest verum esse, vt intelligatur*, &c. vbi securè innuit, nunquam ratione opere acquisitionem fieri posse in dictis terminis; dubitauit tamen, an quasi ex re domini potuisset directò ei acquiri; quod facilius recipi posse sentit, quam dicere, ex opera sua acquisitionem fieri, cum nulla detur seruilis.

Vel si mauis, intellige Iulianum in d. l. aditio, non improbare opinionem Pomponij in d. l. liber homo, quæ de rigore iuris procedit: Sed supposito, quod propter euidentem defuncti voluntatē, hæreditas restitunda est, id directò fiat ad euitandum circuitum: & tunc intelligatur, quasi ex re domini acquirere, non tamen quod ita sit, sed quod hoc potius tolerari potest. Rem autem domini considerat, quando constat de voluntate testatoris instituentis sola domini putatiui contemplatione, vt tradit Accurs. in primo scholio, in fine, ad l. sed & si quid donetur, ff. de vsufructu.

24 Iam † succedit secundum membrum, & primus casus, quando scilicet liber homo bona

fide

fide possessus, sciens conditionem suam, sponte adit hæreditatem, quo casu resoluendum est, simpliciter adeuntem sibi acquirere. Ratio est: quia cum aditio non sit in opera seruili, nec ex re domini putatiui, vt supra probauimus; itidem, cum citra iussum dominus ne queat hæreditati obligari, l. qui in aliena, l. si quis mihi bona, §. iussum, ff. de acquir. hæred. domino acquirere non poterit. Acquiret igitur sibi, cum possit, iuxta regulam l. qui bona fide, 23. vers. generaliter, d. l. homo liber, 54. §. quidquid, ff de acquir. rerum domin. quæ tunc etiam in hæreditate procedet, quando datur in adeunte voluntas sibi acquirendi, vt euenit in propositis terminis; probat resolutionem text. in d. l. homo liber, vbi glos. verbo sciens.

25 Illam tamen † declarabis non procedere, quando liber homo bona fide possessus, sponte sua sciens conditionem suam, acquirere vult domino putatiuo. Expressit Modestin. in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Qui bona fide nobis seruit, acquirit, si tamen sponte sua sciens conditionem suam, adierit*, &c. notat glossa, ibidem, verbo, sciens, & in §. idem placet, verbo, si liber est, Inst. per quas personas nob. acquir. & vtrobique sequuntur communiter Scribentes.

Obstant tamen duo huic declarationi. Primum, quod est inconueniens, quod absque iussu præcedenti domini putatiui, eidem acquiratur hæreditas, & hæreditati quoque obligetur, contra regulam l. qui in aliena, 6. ff. de acquir. hæred. & tamen text. in d. l. homo liber, simpliciter inquit, quod si homo liber bona fide seruiens sponte, & sciens conditionem suam, adierit, domino putatiuo acquirit.

Obstat deinde, quod liber homo bona fide possessus, sciens conditionem suam, directè trãsferat hæreditatem in dominum putatiuum: cum nullum ius potestatis in eo reperiatur, ratione cuius in ipsum fiat transfusio, iuxta l. placet, ff de acquir. hæredit. Præcipuè quia in l. liber homo, 19. ff. de acquir. rerum domin. quando datur euidens testatoris voluntas, vt domino putatiuo hæreditas acquiratur, cuius contemplatione liberum hominem bona fide seruientem instituit, solum permittitur restitutio hæreditatis; non tamen directa traductio.

Verum prædictis difficultatibus satisfit. Et
26 quod † attinet ad Primum, dicendum est, in prædicta specie etiam interuenire debere iussum domini putatiui, secundum relatam regulam, quæ nullibi limitatur, quando agitur de transmittenda directò hæreditate, vltra quem iussum debet homo liber bona fide possessus, sponte, & sine vlla coactione adire, ad effectum acquirendi domino putatiuo; ita intelligit, glos. verbo, sciẽs, in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum dom. & verbo, si liber est, in §. idem placet, Inst. per quas personas nob. acquir. Nec adhuc obijci potest text. in d. l. homo liber, vers. nam si iussu, quia respondetur, solum agere, quando solo domini putatiui iussu adit: at nos loquimur, quando vltra iussum reperitur spontanea serui putatiui voluntas.

27 Non obstat † secunda difficultas: quia ingenuè fatemur, hominem liberum bona fide seruientem, in dictis terminis non transferre directò hæreditatem in dominum putatiuum, propter aliquod ius potestatis, quod constat non subesse, (nec dabile est) sed in fauorem bonæ fidei possessionis voluere iura, vt voluntas liberi hominis bona fide possessi, quasi donantis id operaretur. Atque ita id prouenit à libero homine, tanquam donatore, data simul bona fide ex parte domini putatiui, in cuius fauorẽ id specialiter, sicut alia indulsit ius ciuile.

Vnde iam patet, hic non requiri scientiam propriæ cõditionis, quasi incertus de statu suo non potuisset adire, vt putabat Connan. lib. 3. cap. 7. nu. 7. quem supra reprobauimus: sed ob id requiritur prædicta scientia; quia, cum acquisitio domino putatiuo facta, procederet ob bonam fidem, & animum donandi in seruo putatiuo; aliter talis animus donandi non poterat considerari in eo, qui se seruum esse extimabat; & propterea (ni fallor) subiungit I.c. vers. item promittendo, vbi ostendit omnem contractum interuenire posse liberum hominem bona fide possessum, & dominum putatiuum; vt ita prædicta interpretata donatio rectè procedat; aliàs enim si prædictus homo liber bona fide seruiens, ignarus esset suæ conditionis, spontè adiens vt domino acquireret, nihil ageret, iuxta supra dicta in primo membro, & tradit glos. verb. sciens, in d. l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin.

28 Ex quibus † colliges, quod ad effectum, vt domino putatiuo acquiratur directò hæreditas per liberum hominem, Primò requiritur, quod bona fide possideatur. Secundò, vt sciat conditionem suam. Tertiò, vt spõtè sua adeat. Quartò, vt iussus domini putatiui præcedat. Tandem vt illi velit acquirere; notat glos. verb. sciens, in d. l. homo liber; & verb. si liber est, in §. idem placet, Inst. per quas person. nob. acquir. Aliud etiam requirit glossa, locis proxime relatis, videlicet, quod instituatur contemplatione domini putatiui, quod quidem necessarium puto, quando liber homo bona fide possessus, noluisset acquirere domino putatiuo, vel nesciat conditionem suam, iuxta supra dicta in tertio casu primi membri; tunc enim, vt hæreditas perueniat ad dominũ putati-

putatiuũ, requiritur, quod seruus putatiuus instituatur contẽplatione domini, iuxta l. liber homo, 19. versic. sed licet, ff. de acquir. rerum domin. quia tunc cogetur adire, & restituere, quasi ex Trebelliano Senatusconsulto, vt in simili tradit glos. elegans, in l. si serui vsusfructus, ff. de vsufr. de quibus terminis latius, actum fuit in tertio primi.

29 Quod attinet ad † Secundum casum secundi, nimirum, quando homo liber bona fide possessus, sciens conditionem suam, ex solo iussu domini putatiui adit hæreditatem. Resolue, non posse acquirere domino putatiuo, expressit Modestinus in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum dom. ibi: *Nam si iussu nostro adierit, neque sibi, neque nobis acquirit*, &c. non domino putatiuo, quia per liberum hominem bona fide possessum, hæreditas non acquiritur, vt supra probauimus; non sibi, quia solo iussu adiuit, & ex necessitate, non verò voluntarius: vnde non debet omninò inuitus æri alieno hæreditario obligari, iuxta regulam text. in l. qui in aliena, 6. in princip. & in §. si is qui, in princip. & in l. qui putat, 74. §. qui bona fide, ff. de acquir. hæredit. innuit glossa, verbo, sciens, in d. l. homo liber, & uerbo, si liber, in §. idem placet, Inst. per quas personas nob. acquir.

30 Si tamen † vltra iussum domini putatiui, in dicto libero homine bona fide possesso, & sciẽte conditionem suam, detur animus sibi acquirendi, tunc sibi acquirit, d. l. homo liber, ibi: *Quod si eam mentem habuit, sibi acquiret*, &c. Atque ita in seruo putatiuo sciente conditionem suam tres terminorum positiones considerat I.c. in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. nam, vel præcedit iussus, absque alia voluntate serui putatiui; aut præcedit iussus domini; & concurrit spontanea voluntas serui putatiui acquirendi domino; aut tandem vltra iussum domini, datur voluntas serui putatiui sibi acquirendi, & non domino; in prima positione neutri fit acquisitio, d. l. homo liber, vers. nam si iussu; in secunda; acquirit domino putatiuo, & procedit d. l. homo liber, in princip. in tertia tandem, sibi acquirit, & procedit eadem l. in vers. quod si eam, innuit glossa, verbo, sciens, ibidem, & verbo, si liber est, in §. idem placet, Inst. per quas personas nob. acquir.

31 Quod attinet † ad tertium secundi, quando videlicet homo liber sciens conditionem suam, instituitur sola domini cõtemplatione: resoluendum est, quod nolens adire, vt domino putatiuo restituat, cogendus erit, argumento eius, quod in simili resoluit glossa vnica, ad finem, in l. serui vsusfructus, ff. de vsufructu. & sic ampliabitur l. liber homo, 19. vers. sed licet, ff. de acquir. rerum domin.

Nec hic induci poterit responsum Iuliani, in l. 4. aditio, 45. vers. vlt. ff. de acquir. hæred. quatenus, iuxta supradicta eum intelleximus, vt ad euitandum circuitum, directa fiat acquisitio domino putatiuo; quia procedit, quando ex parte serui putatiui dabatur ignorantia suæ liberæ conditionis; & simul voluntas acquirẽdi domino putatiuo; & propterea ibidem dicitur, quod ex re domini videtur acquirere; quorum vtrumque deficit in præsenti.

Nec etiam induci potest responsum Modestini, in d. l. homo liber, 54. ff. de acquir. rerum domin. dum liber homo bona fide seruiens, sciens suam conditionem, hæreditatem domino putatiuo iure directo acquirit: nam id procedit ratione bonæ fidei, ex parte domini, & ex interpretatiua donatione ex parte serui putatiui, quia illi voluit acquirere, & etiam, quãdo instituitur sua, & non contemplatione domini, sufficiebat enim, quod institueretur tanquam seruus, vt haberet locum d. l. homo liber, in princip. iunctis ijs, quæ ad illam supra diximus.

32 Maneat † igitur, quod homo liber bona fide seruiens, domino putatiuo hæreditatem, in qua institutus est, acquirit, si sciens conditionem suam, & sponte sua adeat, vt domino acquiratur, d. l. homo liber, 54. ff. de acq. rerum domin. & supra diximus; quo casu directa fiet acquisitio. Si vero sit ignorans propriæ conditionis, & sola contemplatione domini institutus, indirectè acquiret, scilicet per restitutionem, d. l. liber homo, 19. vers. sed licet, ff. de acquir. rerum domin. nisi tunc ad euitãdum circuitum interpretari velimus, quasi ex re domini directo acquirere, ex l. aditio, vers. vlt. ff. de acquir. hæredit. vt supra latè aduertimus. Tandem si sciat conditionem suam, & contemplatione domini institutus, eidem nolit acquirere, adhuc per indirectum acquiret, facta videlicet restitutione, iuxta resoluta in vltimo casu secundi membri. Extra quas causas dominis putatiuis non fiet hæreditatis acquisitio per liberos homines bona fide possessos.

33 Hic opportunè † subiunges, quid dicendũ sit de seruis alienis bona fide possessis. Et certum est, regulariter æquipararari liberis hominibus bona fide seruientibus, vt ostendit I. C. Caius, in l. acquiritur, 10. §. idem placet, ff. de acquir. rerum dominio. Vlp. in l. qui bona fide, 23. infra, eodem tit. Imper. in §. idem placet, Inst. per quas personas l. si quis mihi bona, in princip. 25. ff. de acquir. hæred. cum mille alijs.

Secundum quam æquiparationem, ea, quæ de liberis hominibus bona fide possessis supra dicta

dicta sunt, repetenda erunt in seruo alieno bona fide possesso respectu veri domini: ita, vt quando diximus, hæreditatem acquirendam etie libero homini bona fide seruienti, intelligamus in seruo alieno requiri iussum veri domini, vt ipsi acquiratur, iuxta text. in d.l. acquiritur, 10.§.1.ff.de acq. rerum domin.l.qui in aliena, 6. ff. de acq. hæred. ne innitus æri alieno obligetur: nam idem operatur voluntas in libero homine bona fide seruiente, vt sibi acquirat; ac iussus veri domini in seruo, qui ab alio bona fide possidetur, vt domino fiat acquisitio.

Et per contrarium, id, quod circa institutionem liberi hominis bona fide seruientis propter contemplationem domini putatiui dicitur, repetatur in institutione serui alieni facta intuitu bonę fidei possessoris, ita vt quando directò à libero homine bona fide possesso in dominum putatiuum hæreditatis fit translatio, similiter fiat in bonę fidei possessorem, probat text. in l. sed, & si quid donetur, ff. de vsufructu, vbi notat glos. prima, in fine; & quando per indirectum, hoc est, per restitutionem hæreditas acquiritur, iuxta l. liber homo, 19. vers. sed licet, ff. de acquir. rerum domin. tunc dominus verus cogatur, qui iubeat adire, & restituere, argumento eius, quod inquit glossa vnica, ad fin. in l. si serui vsusfructus, ff. de vsufructu.

34 Illum tamen † casum excipies, quod licet liber homo bona fide seruiens, sciens conditionem suam, & sponte adiens, possit domino putatiuo acquirere (quamuis cesset domini putatiui contemplatio) l. homo liber, 54. in princip. ff. de acquir. rerum domin. iunctis suprà dictis, in ijsdem tamen terminis non poterit seruus alienus, etsi maximè velit, bonæ fidei possessori hæreditatem acquirere, propter præiudicium veri domini, cui ipse renunciare non potest, contrarium effectiuè disponendo.

35 In ea specie, qua † diximus instituto seruo alieno contemplatione bonæ fidei possessoris, ipse, & non vero domino hæreditatem acquirendam, obstat Vlp. in l. cum autem, §. vlt. vers. vlt. ff. de ædilit. edicto, vbi decidit, quod ad effectum, vt emptori competat hæreditas, in qua institutus est seruus venditus, non attenditur cuius contemplatione fit facta institutio: immò, licet sit habita contemplatio venditoris, adhuc emptori indistinctè hæreditas competet, ergo nunquam vero domino acquiretur, etsi contemplatio bonæ fidei possessoris cesset; & intuitu veri domini institutio fiat.

Verum respondēdum est, propterea id euenire in d. §. vlt. vers. vlt. quia venditor ex lege venditionis totam serui causam vendere videtur, & ideo cum eo transit hæreditas: & insimul ob id seruum charius vendit, vt notat glos. verbo, habeat, per text. elegantem ibi, in l. planè si filium, 94. §. 1. ff. de legatis primo. ibi: *Cum pretium hæreditatis, quam restituere rogatus est, habeat*, &c. vbi notant Bart. & reliqui. Sentiunt etiam omnes, per text. ibi, in §. alienus quoque seruus, Inst. de hæred. instit. Quod mirum videri nequit. nam si hæreditatem vendi licet, iuxta tit. de hæredit. vel act. vendita. cur non, & consecutiue cum seruo instituto. & ita procedunt d. §. vlt. vers. vlt. & l. Iulianus. 14. §. si quid seruo. Inst. de act. empt.

36 Vnde apparet † lapsum Accurt. verbo, esse, ad finem, in l. liber homo, 19. ff. de acq. rerum domin. vbi intelligit, quod si contemplatione venditoris, seruus, quem vendit, instituatur, tunc ad emptorem non pertineat hæreditas. Idem innuit, verbo, non distinguendum, in d. l. Iulianus, §. si quid seruo, sic interpretans text. ibidem. Nam vltra quam quod ex dictis confundatur, & innuunt Scribentes, in d. §. si quid seruo, id manifestè conuincitur ex eodem §. si quid seruo, etenim text. est totus in ostendendo ad emptorem pertinere, quidquid datum, relictumue est seruo vendito, sine distinctione, cuius contemplatione relinquatur, quod quidem referendum est ad contemplationē venditoris: nam in primis de contemplatione serui nulla dubitatio erat, quæ ambulat cum ipso; Deinde, si ad emptorem respiceret, carebat ratione dubitandi: itidem inuoluebat absurdum, vt scilicet seruus omninò alienus, & in venditoris potestate constitutus, institueretur contemplatione emptoris futuri: nam institutio facta in personis omnino extraneis, & in alterius potestate, ac possessione positis, ad effectum, vt alteri quæratur hæreditas; non dicitur facta contemplatione ipsius; sed potius apponitur onus, vt ipsi restituatur: contemplatio enim cadit in eum, qui sub sua potestate seruum habere existimatur; ergo, &c.

37 Suprapositam † autem resolutionem intellige, quando tempore venditionis iam seruus erat institutus contemplatione venditoris, tūc enim censetur ipsa hæreditas vendita, vt eleganter comprobat Vlp. in d. l. Iulianus, 14. §. si quid seruo, ff. de act. empt. ibi: *Hæreditates quoque per seruum acquisita, & legata relicta, nec distinguendum est, cuius respectu ista sint relicta*, &c. vbi tunc intuitus venditoris posthabetur, & non attenditur, quia hæreditas iam per seruum acquisita (id est, iam relicta, non enim agit de effectuali acquisitione) vendita quoque censetur.

Alioquin si institutio serui venditi facta fuisset

set post venditionem celebratam, contemplatione venditoris, cogitante testatore seruum illum adhuc esse sub pristino dominio venditoris, sine dubio venditori hæreditas competet, quæ tunc vendita non censetur; & ideo poterit cogere emptorem nouum dominum, vt suo iussu acquisitam restituat, argumento l. liber homo, 19. vers. sed licet, ff. de acquir. rerum domin. iuncta ratione glossæ vnicæ, ad finem, in l. si serui vsusfructus, ff. de vsufructu.

38 Vnde colliges, quam † immerito labatur glos. prima, in l. sed & si quid donetur, ff. de vsufructu, vbi inquit, quod indistinctè, quidquid donatur seruo vendito post venditionē, totum dandum est emptori: apertè sentiens, id procedere, quamuis contemplatione venditoris institutio tunc temporis facta fit, sic explicans d. §. si quid seruo, cum tamen constet illum §. loqui in hæreditate antea data, quæ ob id vendita censetur: & contrarium innuat in postea relicta, intuitu venditoris, vt probauimus.

39 Illud hic opportunam † interpretationem petit, quod dicitur in d. l. cum autem, §. vlt. ff. de ædilit. edict. ibi: *Pedius quidem etiam illud non putat esse spectandum, cuius contemplatione testator hæredem scripserit, vel ei legauerit: quia etsi venditio remanisset, nihil hæc res emptori proderat*, &c. vbi prima facie videtur innuere I.c. quod vendito seruo instituto, cuiusuis contemplatione sit, emptori non prodesset quamuis venditio staret. At glos. ibidem, verbo, contemplatione, inquit, non esse spectandum respectum serui, vel venditoris, at emptoris maximè: quasi dicat, quod si seruus instituetur contemplatione emptoris, nunquam in redhibitione hæreditas contineretur; si vero serui, vel venditoris, in redhibitionem veniret.

Verum vtrumq; sensum non patiuntur verba sequentia, ibi: *Et per contrarium (inquit) si contemplatione venditoris institutus proponeretur, tamen diceretur restituere emptorem non debere venditori, si noluet eum redhibere*. vbi Vlp. ex sententia I. c. Pedij resoluit, per casum contrarium præcedenti, quando respectu venditoris instituitur seruus (intellige ante factam venditionem, iuxta supradicta) nihilominus hæreditas manet penes emptorem, quando non redhibetur seruus, ergo in præcedenti (vt sibi contrarius) requiritur, quod institutio sit facta etiam contemplatione emptoris; & insimul, quod redhibitio fiat; & consequenter hæreditas non prosit emptori, sed venditori, his enim concurrentibus manebit casus, & resolutio contraria.

40 Vnde litera † communis, quæ habet: *Quia etsi venditio remansisset*, manca est, & mutila: deest enim negatio, & superest copula (*&*) nam ita legendum est; *Quia si venditio non remansisset*. Quod adeo verum est, vt etiam emendatione deficiente, propter verū sensum cogeretur glos. ibidem, verbo, remansisset interpretari, id est, facta non esset.

41 Ex quibus † colligitur, quod si emptor redhibet seruū contemplatione eius institutum, hæreditas omninò pertinet ad venditorem; quidquid perperam contradicat glos. d. verbo, contemplatione. Quod probo in primis, ex supra ponderata aduersatiua; Deinde ex eo, quod à principio d. §. vlt. I. c. intendit ostendere, quod emptore redhibente, potest euenire, vt venditor plus consequatur, quam habiturus esset, nisi vendidisset: vt patet ibi: *Neque refert, potuerit hoc consequi venditor, an non potuerit, si seruum non uendidisset: ponamus enim talem esse, qui capere aliquid ex testamento non poterat, nihil hæc res nocebit. Pedius quidem*, &c. vbi proposita tali regula, subiungit nostrum casum, quo adhibetur ab emptore seruus eius contemplatione institutus: vt ita etiam hæreditas ad venditorem pertineret, quamuis si venditus non esset, ad illum nō pertinuisset: quia tunc non instituueretur.

42 Accedit † ea ratio: quia emptor, qui seruum redhibet eius contemplatione institutū, liberè, & spontaneè reddit pristino domino, & videtur quodammodo nouam venditionē facere, & plus æstimare pretium quod dedit, quam seruum etiam institutum, vnde sicut venditor distrahendo transfert hæreditatem in emptorem, quæ intuitu ipsius venditoris relicta erat seruo vendito, quia plus æstimare creditur pretium, quod recepit; alioquin prius iussisset seruum adire; d. l. Iulianus, 14. §. si quid seruo, d. §. vlt. vers. vlt. ita redhibendo emptor transfert hæreditatem in vēditorem, quæ contemplatione emptoris seruo redhibito relicta fuerat.

43 Facit, quod ex † libera alienatione, qualis est redhibitio ex parte emptoris, deterior efficitur conditio redhibentis, quia ex voluntate, non vero ex necessitate alienat: & ideo pignus ab eo constitutum, etiam post redhibitionem, manet in eius odium l. Bouem, §. pignus, ff. de ædilit. edict. vbi redditur ratio: quia scilicet liberè alienat. At quando ex necessitate seruum reddit, tūc pignus soluitur, vt notat glos. vlt. Bart. & reliqui, per text. ibi, qui id satis demonstrat, in l. 3. ff. quibus modis pign. vel hypoth. soluit. & in l. si ex duobus, §. sed & Marcellus, ff. de in diem addict. vbi glos. verbo, desinere, & reliqui ibidem.

44 Si autem † post redhibitionem factam idē seruus fuerit institutus contemplatione emptoris,

ptoris, qui redhibuit, quasi adhuc esset sub illius potestate, vel id ab emptore redhibēte omninò ignoraretur, tunc restituendā hæreditatē emptori puto; vt sit æqualis vtrinq; conditio: nam nos in venditore post factam venditionē id supra admisimus, quo casu reciperem sententiam glos. d. §. vlt. verbo, contemplatione, ibi: *Habiturus erat ēt non cōtracta emptione*, &c.

45 Pro coronide † illud vētilari liceat, quid sci licet dicendum est, quando instituitur seruus eius, qui est in vtero, contēplatione vteri, (v.g. si instituatur seruus eius, qui est in vtero Titiæ, quo casu censetur institutus intuitu vteri, iuxta text. elegantem, in materia, in l. cum aliquis, 21. C. de iure deliber. ibi: *Et si quidem ita scripta est institutio, ātum seruum illius hæredem instituo, quia apertissimum est, intuitu dominī esse institutionem conscriptam*; &c. vbi notant omnes; glos. etiā verbo, propter me, in l. aditio. vers. vlt. ff. de acq. hæred. notant etiam glos. vlt. & reliqui, per text. ibi, in l. filiofamil. 42. vers. vlt. ff. de cond. & demonstr. & passim alibi) an abortu facto, euanescat institutio; vel potius hæreditas pertineat ad eum, ad quem seruus pertinere pleno iure incipit?

46 Ex supradictis videbatur dicendum, † institutionem non euanescere: quia quando seruus alienus, vel homo liber bona fide possessus instituitur contēplatione domini putatiui, hæreditas per restitutionem ad ipsum peruenire debet prius consistens in persona instituti, l. liber homo, 19. vers. sed licet, ff. de acquir. rerum domin. & facto abortu apparet seruū nunquā vteri fuisse; ergo institutio non perit; imò hęreditas ipso iure adiri potest.

47 Deinde, quando † quis instituitur, & rogatur restituere ei, qui in vtero est, sub cōditione grauatus censetur: quia dies natiuitatis incertus est, & pro conditione est, l. dies incertus, 75. ff. de cond. & demonstr. nam sicut incertum est, quando quis moriatur, l. hæres meus, vers. hæres meus, ff. de cond. & demonstr. ita incertum est, quando quis nasci debeat, argumento text. elegantis, in l. si dies, 21. ff. quando dies legati, ibi: *At si incerta, quasi cum pubes erit*, &c. vbi licet 14. anno pubertas regulariter adueniat, tamen quando pubertatis inspectiones (quæ iam sublatæ sunt princip. Inst. qui bus modis tut. finiat.) in vsu erant, pubertatis dies erat incerta, quando scilicet quis pubescere inciperet: & non solum est incertum, quando nasci debeat ille, qui in vtero est; sed etiam an nasci debeat; cùm abortus fieri possit. & quando quis rogatur sub conditione, si interim fideicommissarius decedat, hæreditas manet penes hæredem institutum, l. cum filiofam. in fine, ff. de legatis 1. innuit l. sed & si an te, & l. ita tamen, §. à patre, ff. ad S. c. Trebell. probat à sensu contrario text. in l. Seius Saturninus, vers. vlt. ff. eodem tit. vbi sentit glos. verbo, diem, & ibidem tradit Bart. & reliqui, quod tunc fideicommissum ad hæredes fideicommissarij trasmittitur, quando illius cessit dies: non autem cedit dies, quando incerta, aut quælibet alia conditio actui adijcitur, l. cedere diem, ff. de verbor. signif. ergo facto abortu, & ita conditione defecta, hæreditas mānere debebat apud institutum, vel apud eum, ad quem de iure regulariter pertinet.

48 Tandem, quando † dominus, cuius contemplatione seruus instituitur, eundem vendit, hæreditas trāsit ad emptorem serui, l. Iulianus, 14. §. si quid seruo, ff. de act. empt. l. cum autem, §. vlt. vers. vlt. ff. de ædilit. edict. vt supra probauimus; ergo abortu facto eius, qui erat in vtero, & cuius contemplatiōne seruus fuerat institutus, nihil inconuenit, vt ad nouum dominum hæreditas permeet.

In hac quæstione, non obstantibus, quæ
49 hincinde adducta sunt, puto † abortu facto institutionem in futuro seruo vteri omninò euanescere, quasi sub conditione factam: nam contemplatio eius, qui est in vtero, cuius futurus seruus instituebatur, tacitam conditionem inducit, si nascatur, ac eius seruus fiat; & eo non nato, perit dispositio, argumento l. 1. ibi: *Quod ex Arethusa natum fuerit*, ff. de condit. & demonstr. facit l. sed & si alio, §. vlt. iuncta glossa, verb. nihil agit, ff. ad S. c. Trebellian. & est regulare in omnibus conditionibus institutionum, vt impleantur, aliàs irritæ fiant. iuxta tit. de condit. instit.

Et ita deficiente conditione, seu quasi non facta, res ad causam intestati deuocabitur, & aditus fiet legitimis hæredibus, vt est notum.

50 Nec obstat primum argumentum † ex d. l. liber homo, 19. vers. sed licet, ff. de acquiren. rerum domin. dum ex contemplatione inducitur tantum grauamen restituendi, & consequenter supponitur, hæreditatem ipso iure consistere in persona instituti. Quia respondetur, nos loqui in seruo, qui pleno iure futurus erat eius, qui in vtero existebat: in quo ex voluntate defuncti non poterat colligi indirecta hæreditatis acquisitio, cum iure directo acquiri potuisset, si nasceretur. In quibus terminis erat dispositio d. l. liber homo. Vnde necessariò inferendum est, institutionem esse conditionalem, ex mente defuncti.

51 At si seruus † alienus, vel liber homo bona fide possessi, reseruarentur nasciturо posthumo, cuius contēplatione hęredes scripti erant; tunc reciperē, aditionem posse procedere cōcurrentibus reliquis requisitis, de quibus supra latè egimus. Sed acquisitā per seruum alienū,

M vel

vel liberum hominem bona fide possessos hæreditatem, fiscus sine dubio auferet, tanquã ab indignis, ne scilicet retineant contra voluntatem defuncti, vt inquit text. in l. cum quidam, ibi: *Hæredibus tamen vt indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iampridem Senatus hæreditatem*, &c. ff. de his quib. vt indign. iuncta glos. verbo, non valeat, in l. hæreditas, 4. C. eodem tit. vbi comuniter ita notatur. Nec tunc pro venientibus ab intestato quidquam faciet text. in l. vnica, §. si hæres institutus, ff. si tabulæ testamenti. nullæ extab. quia in certis terminis loquitur, de quibus supra egimus in hoc lib. cap. 6. nu. 29.

52 Non obstat secundum argumentum, † quo probabamus abortu facto, hæreditatem remansuram penes institutum, vel eum, cui institutus acquirere poterat, quasi grauatus sub conditione: nam licet agnoscamus, grauatum sub conditione, si fideicommissi dies non cessit viuo fideicommissario, retenturum hæreditatem; at id intelligitur, quando conditio grauamini dumtaxat apponitur: nos verò in prædictis terminis non ponimus conditionem in grauamine, sed in institutione; quo casu deficiente conditione, non solum grauamen, sed institutio ipsa corruit, notat elegan. glossa, verbo, nihil agit, in l. sed etsi alio, §. vlt. ff. ad S. c. Trebellian.

53 Denique † non obstat argumentum deductum à venditore, cuius contemplatione seruus erat institutus; & venditus acquirit empto ri antè adscriptam hæreditatem; id namque propterea euenit, quia dominus, qui vendidit, per voluntariam alienationem quodammodo in pretio recepto hæreditatem accepisse creditur, elegans text. in l. planè si filium, 94. §. 1. ff. de legatis primo, vt supra aduertimus. At in terminis, quibus instituitur seruus eius, qui est in vtero, & abortum fecit; nullus actus interuenit ex parte abortiui, qui vel liberam voluntatem in alium transferendi hæreditatem ostendat, aut quidquam aliud intercedat, quod vicem acquisitæ aut voluntario translatæ hæreditatis redoleat, ergo, &c.

54 Manet † igitur, quod instituto seruo eius, qui in vtero est, sub contemplatione ipsius, abortu facto institutio irrita fit. Quod idem ex puritate rationis intelligo in eo seruo, qui reseruatur posthumo nasituro, & nondum concepto, cuius omnino respectus tantum attenditur à testatore.

S V M M A R I V M.

Latissimè agitur de intellectu, ac materia l. sed si plures, §. filio, ff. de vulgari, à n. 1. per tot. & præcipuè. à nu. 4. & 8.

Qui pupillariter substituitur hoc modo: Quisquis mihi hæres erit, sit hæres filio meo, semper, & indistinctè debet esse hæres patris. nu. 3.

Pupillariter substitutus impuberi ex asse instituto, qui patri hæres extitit, non potest separare hæreditatis, vt amplectatur pupillarem dumtaxat, paternam verò repudiet. nu. 4.

Quid dicendum si impubes ex asse scriptus abstineat paterna hæreditate, an tunc ei substitutus pupillariter securè posset adire, pupillarem, quin creditoribus paternis teneatur, à nu. 5.

Quinimmo, quamuis maximè velit, non poterit de iure ordinario adire paternam. nu. 6.

Quod æque procedit, licet filius exhæreditatus substitutus sit fratri impuberi ex asse instituto. nu. 7.

Explicatur l. Iulianus, 42. vers. ceterum. ff. de acquir. hæred. d. n. 7. & n. 32.

Pupillaris substitutus, & simul cohæres cum impubere in paterno testamento, non potest amplecti solam pupillarem, & repudiare paternam hæreditatem. à nu. 8.

Explicatur d. l. sed si plures, §. filio, vers. idemque. ibidem.

Explicatur l. quæsitum, ff. de acquir. hæred. n. 9. cum sequentibus, & nu. 43. & nu. 45.

Dicta lex quæsitum, de extraneo hærede intelligi potest, contra Costam aliter sentientem. numero 12.

Frater, qui fratri impuberi hæres est, & simul cohæres in testamento paterno, non potest separare à pupillo agnitam hæreditatem paternam, & pupillaria bona dumtaxat amplecti, num. 14. & num. 37.

Latè, & eleganter explicatur l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, à numero 14. & omnino, num. 32. cum seqq.

Separatio solum consideratur in bonis permixtis, d. num. 14. & num. 59.

An d. §. filio, vers. idemque, specialiter limitetur in fratre pupillariter substituto fratri impuberi, à nu. 15. & à num. 32.

Existentia in suis hæredibus pro aditione est. nu. 15.

Propter ius abstinendi, necessaria est immixtio in suis hæredibus, ibidem.

Hæreditas ex vi suitatis transmissa, vt quæsita transit. num. 17.

Hæreditas ex vi suitatis transmissa in suos, ac necessarios hæredes, secum desert ius abstinendi. num. 18.

Hæreditas ex vi suitatis transmissa in extraneos hæredes, non importat ius abstinendi, quod nouè, ac verè defenditur. d. n. 18. cum nn. seqq.

Priuilegia personalia non transmittuntur in extraneos hæredes; transmittuntur tamen in suos. nu. 19.

Nepotes, etiam mediante persona patris, aliquo modo dici possunt sui hæredes auo paterno, ibidem.

An suus hæres institutus, & grauatus restituere, si ignorans decedit; transmittat in quosuis hæredes

tur, à num. 41 improbatur, num 44.

Qui pupillariter substituitur hoc modo: Quisquis mihi hæres erit, sit hæres filio meo, agnoscendo pupillarem, videtur quoque adire paternam hæreditatem, ibidem.

Posito consequente, ponitur antecedens necessarium. ibidem.

Eleganter ac latè explicatur l. pro hærede, §. Papinianus, ff. de acquir. hæred. à num. 46. cum seqq.

Substitutio pupillaris creditur dispositio impuberis iuris censura, d. n. 46.

Libertas directa sub conditione relicta, confirmatur per solam existentiam sui hæredis, numero 48. & numero 50.

Orcinus libertus est ille, qui directò accipit libertatem à testatore, & illius tantum libertus manet, d. num. 38.

Statuliber non dicitur seruus cui libertas legatur sub conditione, nisi testatoris adita sit hæreditas. num. 49.

Explicatur l. is, qui in potestate, ff. de legatis præstand. n. 51.

Conditio dandi Titio, qui est vnicus hæres institutus, censetur in dubio apposita vt hæredi, ibidem.

Impleta conditione dandi in persona alicuius tertij, licet filius præteritus per bonorum possessionem contra tabulas auocet hæreditatem ab instituto, non proinde auocabit ab illo tertio, quod recepit gratia conditionis implendæ, ibidem.

Explicatur obiter contra glossam text in lege, qui hæredi, 44. §. certè, ff. de cond. & demonstr. num. 53.

Copulatiua aliquando vertitur in coniunctam. ibidem.

In quo differat d. l. si filius, qui patri, à d. l. filius, qui se paterna, n. 59.

Qui adiuit patris hæreditatem, non potest respuere filij impuberis, in quo substitutus est. numero 60.

Explicatur lex qui patri, 59. ff. de acquir. hæred. ibidem.

Explicatur l. quidam elogio, 20. C. de iure deliberandi, ibidem, & num. 69.

Explicatur d. l. qui patri, vers. quod sic recipiendum. num. 61.

Dilatio secundarum tabularum non immutat ius necessarij hæredit. ibidem.

Substitutus pupillariter, qui patris hæres extitit, decedens viuo pupillo, transmittit pupillarem hæreditatem, ibidem.

Explicatur l. hæredis, 7. §. tantumdem, versiculo tractari, ff. quando dies legati cedat. numero 62.

Legatarius pupillaris viuo pupillo decedens, quando transmittit legatum, & quando non ibidem, & num. 64.

Legatarius decedens viuo testatore, regulariter nihil transmittit ad hæredes. d. n. 62.

Substitutus pupillariter, si patri hæres non extitit, moriens viuo pupillo, nihil transmittit. ibidem.

Explicatur lex prima, ff. quando dies legati. numero 63.

Reprobatur quædam Costæ sententia, numero 64. dict. §. tantundem, versiculo tractari, non habet locum in fideicommisso pupillari ab intestato relicto, num. 65.

Ius accrescendi non habet locum in successione difformi, ibidem.

Explicatur l. 2. §. illud potest, ff. de hæred. vel act. vend. à nu. 66.

Dictio (maximè) implicat casum magis dubium. ibidem.

Hæreditas pupillaris viuente impubere potest vendi cum paterna, num. 67. & etiam seorsim quando venditor eius patri hæres extitit, ibidem.

Explicatur l. 1. ff. de hæred. vel act. nu. 68.

Filius, qui patris agnouit hæreditatem, potest abstinere pupillari, in qua substitutus est pupillariter. num. 69.

Insuper, potest separare portionem paternæ, quæ iuncta esse cœpit pupillari, & illam agnoscere, abstinere vero pupillari, dummodo per agnitionem pupilli, iuncta esse non cœpisset. num. 70.

Valet argumentum negatiuum; qui non potest omittere paternam, & amplecti pupillarem hæreditatem, non poterit omittere pupillarem, & amplecti paternum, numero 71. & an valeat affirmatiuum? vide num. 72.

Per dationem cohæredis, testator quodammodo permittit repudiationem. n. 73.

An per dationem cohæredis extranei, tollatur suitas? vide remissiuè, ibidem.

Dicta lex quidam elogio, non excitauit nouam quæstionem, sed Iurisconsultis cognitam, ac decisam. num. 74.

CAPVT XIII.

Ad Vlp. lib. 4. ad Sabinum, in l. sed si plures. 10. §. filio ff. de vulgari, & pupill. substit.



1 SCribit Vlp. filio † impuberi hærede ex asse instituto, substitutus quis est; extitit patri filius hæres, an possit substitutus separare hæreditates, vt filij habeat, patris non habeat? non potest. Sed aut vtriusque debet hæreditatem habere, aut neutrius. Iuncta enim

hæreditas

hæreditas cœpit esse. Idemque est, si pater me hæredem scripserit ex parte, & filium ex parte, & ego patris hæreditatem repudiauero: nam neque filij hæreditatem habere possum.

Inspectio igitur nostra versabitur, an, & quando liceat hæreditates patris, ac filij separari; vt filij habeatur, patris omnino omissa.

Et in primis illud tamquam indubitatum
2 supponendum est, † per existentiam sui hæredis plenè confirmari tabulas pupillares, sine agnitione, immixtione, aut pro hærede gestione, siue etiam cohęrede extranei aditione. quid quid dicat Alex. in nostro §. filio, vbi innuit gloss. verb. habere possum, & in l. si filius, patri verbo, qui fratri, ff. de vulgari, & verb. amplecti, in l. quæsitum, 40. ff. de acquir. hæred. & verbo, abstinuisset, in l. filius, qui se paterna, 41. ff. eodem tit. & verbo admittantur, ante med. in l. quidam elogio, 20. C. de iure deliber. quidquid etiam audacter contradicat Alciat. in d. l. si filius, qui patri, n. 11. & 23. quos omnes ingeniosè, vt solet, ac verissimè expugnat Costa Lusitanus I. c. in cap. si pater, de testam. 2. parte, uerbo, deferuntur, à n. 3. & omnino à nu. 14. Decius, cons. 331. nu. 2. Lusitanus Caldas, in repet. l. si curatorem, verbo, sine curatore, à nu. 43. C. de in integrum restit. minorum. Vigl. in §. sui, nu. 6. Inst. de hæred. qualit.

Deinde supponendum est, nostram quęstionem nequaquam ventilari, quando † substitu-
3 tio pupillaris fit hoc modo: *Quisquis mihi hæres erit, sit hæres filio meo*: nam in his terminis omninò requiritur acceptatio hæreditatis paternæ, aliter pupillaris nequibit compleėti, quasi sub conditione facta, l. qui liberis, 8. ad finem principij, ff. de vulgari notat Viglius, in §. substituitur, n. 2. Inst. de pupillari.

4 Manet ergo disceptandum, quando † pupillaris substitutio fit nomine proprio. Quo supposito, in primis quæritur, quando improbes est institutus ex asse, & hæres patri extitit, an ei substitutus pupillariter possit filij amplecti, patris verò repudiare hæreditatem? Cui negatiuè satisfacit Vlp. in d. l. sed si plures, §. filio, ff. de vulgari, vbi rationem reddit, ibi: *Iuncta enim hæreditas cœpit esse*. Quæ resolutio est citra omnem controuersiæ aleam: nam alioquin sequeretur, pupillum posse pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere, contra regulam l. ius nostrum, ff. de regulis iuris, & magis in specie text. in l. 1. ff. de acquir. hæred. vbi inquit I. c. Paul. *Qui totam hæreditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo, adire non potest.*

5 Quid autem dicendum, si † pupillus ex asse institutus abstineat paterna hæreditate, an possit ei substitutus secure adire pupilli hæreditatem, quin incidat in paternam, & in eius onera? & Iulianus I. c. relatus ab Vlpiano in l. Iulianus, 42. aliàs secundum vulgarem editionem, l. si pupillo, 42. ff. de acquir. hæred. putat substitutum in dictis terminis agnoscentē pupilli hæreditatē omninò cōpellendū respōdere paternis creditoribus, vt patet ibi: *Nisi substitutus ei fuit, inclinat enim in hoc, vt patet substitutum etiam patris onera subiturum*, &c. motus ea ratione: quia adiens ex substitutione, ex iudicio paterno adire videtur, vt ex eiusdem Iuliani sententia iterum refert Vlp. in l. quæsitū, 40. ff. de acquir. hæred. & consequenter videtur compellendus respondere creditoribus paternis; ne iudiciū impugnaret, quo iuuatur. Verum rectè à Marcello reprehenditur; quem sequitur Vlp. in d. l. Iulianus, qui mouentur ex eo, quia sequeretur quid nociuum pupillo, vt patet ibi: *Impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem, metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hæreditatem adibit*; &c. Atque ita resoluunt, pupillo ex asse instituto, & abstinente, substitutum pupillarem solam impuberis hæreditatem agnoscere posse.

6 Confirmari etiam † potest hæc sententia à cessante ratione d. l. sed si plures, §. filio: nam cum per abstensionem impuberis, iam fit separata hæreditas paterna à pupillari patrimonio, nihil inconuenit, quod possit substitutus solam pupilli acceptare hæreditatem; nec tunc dicetur repudiare paternam, quæ illi non defertur propter abstensionem filij, ex regula l. is potest, ff. de acquir. hæred. Quinimmo, nec etiam ex eadem ratione, quamuis maximè velit de iure ordinatio poterit paternam adire, quæ illi non defertur, nec deferri potest. Et hanc resolutionem amplectitur etiam glossa, verbo, admittantur, in l. quidam elogio, 20. C. de iure deliber. quamuis tunc perperam requirat alterius cohæredis aditionem, quia putabat per existentiam sui hæredis dumtaxat non confirmari tabulas pupillares.

7 Quæ quidem † resolutio æquè procedit in fratre impuberis: nam si pupillus ex asse institutus, exhæredato fratre eidem pupillariter substituto, abstinet se paterna hęreditate, frater substitutus recipietur ad bona pupilli dumtaxat, ex supradictis rationibus.

Nec obstabit d. l. Iulian. 42. in princip. vers. ceterum, ff. de acq. hæred. ibi: *Ceterum vtiq; si frater à patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet*; vbi gloss. verbo, existet, & verbo, fratri, in l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, existimat in prædicta specie patri quoque necessarium fore; & satis id innuit mens I. consulti, in d. l. Iulianus.

Quia respondetur, d. vers. ceterum, necessa-

 riò

riò supponere, fratrem nõ solũ fuisse substitutũ fratri impuberi, sed insuper cohæredem patri, ad quod cogunt supradicta de hærede extraneo; & in dubio ita præsumi debet, propter validitatem testamenti, l. inter cetera, ff. de liberis & posth. quo casu, & patri, & fratri necessarius hæres erat, d. l. si filius, qui patri, iuncta nostra l. sed si plures, §. quos possum, ff. de vulgari. & ita, licet frater impubes se abstinuerit paterna hæreditate, adhuc frater substitutus, manebat necessarius patri, quatenus scriptus ab eo erat; ac per consequens, de rigore ciuili, non poterat acceptare pupillarem, & omittere paternam hæreditatem; quia abstinente fratre, perinde erat, ac si ex asse institutus esset, quo casu abstinens videbatur impugnare paternum iudicium, iuxta d. l. quæsitũ, 40. ff. de acq. hæred. cui secundum epygraphem subnectitur continuatiuè d. l. Iulianus, cum sit eiusdem auctoris Vlp. eodem lib. 4. disputat. Attamen, licet hoc de austeritate iuris statueretur, interueniente tamen Prætorio abstentionis remedio, poterit amplecti solam pupillarem, & omittere paternam hæreditatem, argumento d. l. si filius, qui patri, ff. de vulgari. vbi in terminis ita tenet glossa, verbo, fratri, & in d. l. Iulianus, verbo, existet, quam communiter Doctores sequuntur.

8 Secunda principalis species erit, quãdo † filius impubes instituitur dato cohærede, eodemque substituto pupillariter. In qua similiter respondendum est, non posse pupillariter substitutum paternam repudiare, & amplecti pupillarem, d. §. filio, vers. idemque, ibi: *Idemque est, si pater me hæredem scripserit ex parte, & filium ex parte; & ego patris hæreditatem repudiauero: nam neque filij hæreditatem habere possum*; vbi ita tenent omnes. Et ratio est in promptu: quia cum repudiata à cohærede extraneo paterna hæreditas, ipso iure accrescat pupillo, qui patri hæres extitit; iam vtraque iuncta esse incipit: & ideo non potest substitutus alteram ab altera separare, d. §. filio, bonus text. in l. si is qui, 56. iuncta l. præcedenti, ff. de acquir. hæred.

9 Quæ resolutio † oppugnatur ab Vlp. in l. quæsitum, 40. ff. de acquir. hæred. vbi ex parte hæres institutus, potest amplecti pupillarẽ, & repudiare paternam hæreditatem, vt patet ibi: *Vt si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hæreditatem amplecti*; & ita sibi manet contrarius Vlp. in d. §. filio.

Ceterum respondetur, d. l. quæsitum, esse declaratoriam d. §. filio, vt scilicet, quamuis pupillo ex parte instituto cohæres datus, & pariter substitutus non possit paternam repudiare, & pupillarem amplecti, d. §. filio, si tamen vltra filium institutum, detur tertius hæres, cuius aditione iudicium paternum sustineatur, tunc poterit amplecti pupillarem, repudiata paterna hæreditate, tradit glossa vlt. in d. l. quæsitum; tum quia substitutus adeundo solam pupillarem, iam non videtur euertere, ac impugnare iudicium paternum, l. ita tamẽ, 27. §. qui suspectam, vers. vlt. ff. ad S.c. Trebell. tum etiam, quia repudiata portio paterna, etiam tertio hæredi defertur, non omninò iungitur pupillari.

Quod quidem intellige respectu portionis hæreditariæ, in qua hæres scriptus est in testamento paterno: hæc enim repudiata defertur etiam tertio hæredi. Portio verò paternæ hęreditatis, quæ impuberi scripto in uita competijt, hæc nequaquam repudiari potest, nec separari, iuxta d. §. filio, ibi: *Iuncta enim hæreditas cępit esse*; tradit glossa, verbo, admittantur, ad med. in l. quidam elogio, 20. C. de iure deliberan.

10. Vel aliter intelligo † d. l. quæsitum, impuberem scilicet fuisse exhæredatum, & duos extraneos institutos pro partibus, quorum alter erat impuberi exhæredato pupillariter substitutus: poterit enim tunc iste paternam hæreditatem repudiare (quæ accrescit cohæredi, cuius aditione sustinetur iudicium paternum.) & amplecti pupillarem, cessat namque ratio d. §. filio.

11 Aut tandem † intellige d. l. quæsitum, si filius, & ei pupillariter substitutus, sint cohæredes in paterno testamento, iuxta d. §. filio. Attamen cohæres repudiauit paternam hæreditatem pro sua parte, & postea etiam pupillus abstinuit vniuersa hæreditate, vt poterat; l. necessarijs, 57. ff. de acquir. hæred. & ex particulari etiam ratione l. cum hæreditate, 55. supra; eodem tit. tunc poterit substitutus pupillarem duntaxat amplecti hæreditatẽ, omissa paterna. Ratio est: quia à princi[pio] omittendo suam partem hæreditatis paternæ, non impugnauit defuncti iudicium, cum esset cohæres filius, qui sola existentia suitatis confirmabat testamentum paternum, & præcipuè immixtione, iuxta l. 1. §. prætermittere, ff. si quis omissa causa testam. & ita cessabat inconueniens d. l. quæsitum, & d. l. ita tamen, 27. §. qui suspectam, vers. vlt. ff. ad S. c. Trebell. Deinde, impubes abstinendo, totam paternã hæreditatem à suis bonis separabat, & consequenter cessabat ratio d. §. filio, ergo nihil inconuenit, quod in his terminis possit substitutus solam pupillarem amplecti.

Nisi forsan dicas, ad cohęredẽ extraneum, tempore, quo repudiat, totam paternam hæreditatem delatam esse, prius abstinente impubere, & per consequens, videri indignum hæreditate pupilli: quia iam extraneo hærede repudi-

pudi-

pudiante, non manet hæres, cuius aditione potuisset paternum iudicium cum effectu sustineri; & ita staret in viridi obseruantia ratio d. l. quæsitum, & d. §. qui suspectam, vers. vlt. prædictam hæreditatum separationem interdicens.

12 Ex quibus constat † d. l. quæsitum, loqui tam in extraneo hærede instituto, & pupillariter substituto, quam in fratre impuberis: cum ratio, cui innititur, generalis sit, vt patet ex d. l. ita tamen, §. qui suspectam, vers. vlt. ff. ad Trebell. quidquid contradicat Eman. à Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo deferuntur, nu. 15. putans loqui tantum in filio, qui patri, & fratri hæres scriptus erat, iuxta terminos text. in l. si filius, qui patri, ff. de vulgari: nã in d. l. quæsitum, ostenditur casus, quo securus est quilibet hæres patris, qui vult dumtaxat pupillarem hęreditatem amplecti. At in d. l. si filius, qui patri, datur remedium speciale solis liberis competens, vt inferius ostendemus.

13 Regulariter igitur, † quãdo filio impuberi pro parte instituto, cohęres substituitur pupillariter, non potest iste pupillarem amplecti, & repudiare paternam, ex ratione d. §. filio, ibi: *Iuncta enim cœpit esse hæreditas*; quæ ad nostrum ea sum porrigitur, vt apparet ex d. §. filio, vers. idemque.

14 Quam resolutionem amplia, etiamsi † cohæres sit frater impuberis, cui pupillariter substituitur: nam cum cœpit esse iuncta hæreditas paterna pupillari, per immixtionem, vel agnitionem impuberis, iam non potest illam separare à pupillari, re enim, & intellectu vnicum est patrimonium.

Sed obstat l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, ibi: *Iulius enim Prætorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit*, &c. quibus verbis ostenditur, agi de separatione hæreditatis paternæ, quę cępit iuncta esse pupillari: alioquin si de propria portione illi delata, vel de fratre pupillo exhæredato ageret, non quidem separationem bonorum, sed potius abstensionem diceret, respectu paterno rum, in quibus hæres fuerat institutus; quod ita innuit glos. verbo, habere possum, in d. §. filio, dum opponit ex d. l. si filius, qui patri; constat autem in d. §. filio, agi de separatione hæreditatis paternæ coniunctę pupillari, vt patet ibi: *An possit substitutus separare hæreditates*; &c. & facit l. 1. & totus tit. ff. de separationibus, vbi separatio à Prętore permittitur tantũ ad secernenda bona, quę omninò erant iuncta, ergo separatio in bonis commixtis locum habet: & in his terminis fratri permissa censetur.

15 Vnde glos. † in d. §. filio, verbo, habere possum, in prima solutione dicit, & hoc esse speciale in filio. Sequi videtur Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo, deferuntur, n. 15. in principio, & nu. 17. vers. ex his apparet. Atque ita sentit glossa, quod licet regulariter scriptus à patre, vt sibi, & filio suo impuberi hęres sit, non possit paternam pupillari immixtam repudiare, & amplecti pupillarem: si tamẽ sit filius testatoris, & fratri substitutus pupillariter, poterit alteram ab altera hęreditate separare, & solam pupillarem complecti.

Verum vt diximus, in hoc non agnoscimus quid speciale, immò frater fratri substitutus, si hęreditas paterna, & pupilli iuncta esse cępit, non potest bona paterna separare à pupillaribus, & hęc tantum amplecti. Nec obstabit d. l. si filius, qui patri.

16 Nam pro † solutione aduerte Primò, quod licet in suis hęredibus non requiratur aditio, sed ipso iure hęredes fiant parentibus, l. in suis, ff. de liberis, & posthum. l. in suis, ff. de suis, & legitim. vt est vulgare. Attamen, propter beneficium abstensionis, quod Prętor solet indulgere, quo impetrato, perinde est, ac si hæredes non essent; superueniens agnitio, vel immixtio illa ostendit omninò hęredes, & indubitabiliter, vt docet Vlp. in l. 1. §. pretermittere, vers. qui sunt, ff. si quis omissa causa test. ibi: *Quod si postea miscuerunt, ex testamento videntur hæredes, nisi si abstinuerint quidem se testamento, verum ab intestato petierint bonorum possessionem*; &c.

17 Deinde aduerte, quod † suus hæres, qui hęreditatem paternam ex vi tantum suitatis transmittit, illam vt iam quæsitam transferet, vt patet ex l. Lucius, ff. de iure fisci, ibi: *Omnis hæreditas*, &c. l. intestato, §. penult. ff. de suis, & legit. ibi: *Integram hæreditatem ad hæredem suum transmittit*; &c. Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo, ac deinde filio, nu. 4. Eo tamen adiecto, quod si tramissio fiat in hæredes quoque necessarios, simul cum hæreditate

18 ex potentia † suitatis transmissa, transit ius abstinendi, l. si quis filium fam. 7. §. 1. ff. de acquir. hæred. At si sint hæredes extranei, nequaquã poterunt vti iure abstensionis, respectu antiqui testatoris, cui mediante suo hærede succedunt, vt clarè innuit d. l. si quis filium, §. 1. ibi: *Decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se ab aui hæreditate*; &c. vbi pro regula id constituit in filio necessario hærede necessarij hæredis, ergo contrarium disponit in reliquis hæredibus. Quod clarius insinuat in §. sequenti, vbi inquit, quod qui ei hæres extitit, qui Titio hæres fuerat, nõ potest Titij omittere hæreditatem. Qua resolutione immediatè posita, vult I. C. Paul. ostendere differentiam inter hæredes extraneos & suos, vt hi

vt hi possint eodem iure vti, quo eiusdem parentes, scilicet, abstinendo. At illi, non: quia negari nequit, filium suum hæredem, qui post mortem patris decessit, extitisse ipso iure hæredem patri suo, & consequenter habere locū d. l. si quis filiumfam. §. vlt. Quam opinionē, licet apud aliquem non inuenerim, verissimā tamen puto, & rectè probatam in d. l. si quis filium, §. 1. cum seq. quidquid contrarium tradat Bart. in l. ventre præterito, nu. 13. ff. de acquir. hæredit. Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo, ac deinde filio, nu. 23. & in §. cum in bello, verbo, bona vendicaret, num. 3. in fine. Alciat in d. l. ventre præterito, num. 18. Lusitanus Caldas, in repet. l. si curatorem, verbo, sine curatore, nu. 37. C. de in integrum restit. minorum.

19 Quam nouam † sententiam contra nuperrimè citatos patres, ex ea insuper ratione stabilio: nam ius abstinendi ex Prætorio beneficio contra iuris seueritatem filijs suis hæredibus concessum est, vt patet ex l. necessarijs, 57. ff. de acquir. hæredit. §. sui, Inst. de hæred. qualit. vbi Vigl. nu. 6. & 8. ergo ad extraneos hæredes transmitti nequit, iuxta regulam l. quia tale, quam latissimè exornat Lusitanus Barb. ff. soluto matrimonio. iuncta l. præcedenti, ibi: *Sed hoc hæredi non est præstandum*; quæ tamen regula etiam in terminis, in quibus statuitur, limitatur in filijs hæredibus, vt patet in l. etiam, ff. soluto matrimon. notat vtrobique glos. Barbosa, & reliqui ordinarij interpretes. Vnde, licet ius abstinendi non esset transmissibile ad hæredes suorum hæredum; si tamen isti non sunt extranei, sed sui, & necessarij, transmisso abstinendi iure potientur, præsertim, quia nepotes quodammodo manent sui hæredes auo, etiam interposita persona patris, l. si filius hæres, ff. de liberis, & posthum. l. qui in aliena, §. interdum, ff. de acquir. hæred. l. qui se patris, C. Vnde liberi, ergo nihil mirū, quod in ipsos, non verò in extraneos hæredes transferatur ius abstinendi.

20 Verum † huic nouæ, ac veræ sententiæ obstat Primò, quod suus institutus, & grauatus de restituenda hęreditate, ex potentia suitatis transmittit in quosuis hæredes ius deducendi legitimam portionem ab onere fideicommissi, vt latè probat Eman. à Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo, debitæ, nu. 10.

21 Deinde obstat, quod † in quoslibet hæredes ex potentia suitatis transmittitur ius petendi collationem, vt tenuit Cagnol. in l. si emancipati, nu. 61. C. de collationibus. Alciat. in l. ventre præterito, num. 27. ff. de acq. hæred. Costa, d. verb. debitæ, nu. 11. vers. tertio non obstat, qui mouentur per text. in l. si maritus, 14. C. de collationibus. ergo & ius abstinendi omninò & indistinctè transmittitur.

22 Tertiò obijcitur, † quod ius petendi supplementum, est transmissibile ad quoscunque hæredes, cum hæreditate ex potentia tantum suitatis transmissa, vt ex sententia Benedicti de Benedictis, cons. 5. Cum viso, col. vlt. & aliorum ita tradit Costa, d. verbo, debitæ, nu. 13. ergo &c.

23 Obijcitur tandem † text. in l. si is qui, 56. ff. de acquir. hæred. vbi indistinctè ad quemcumque hæredem transfertur ius abstinendi, quod in terminis illius textus necessariò hæredi competebat, ergo &c.

24 His tamen † non obstantibus, vera est nostra suprapositа sententia, nempè, ius abstinendi non transmitti in quoscumque hæredes, sed tantum in suos, & necessarios; nec contrariū suadent prædictæ obiectiones: nam ad Primam respondetur, nihil concludere; etenim, propterea quilibet hæres potest vti iure transmisso deducendi legitimam ab onere fideicōmissi, quia & ipsa legitima iam libera ex potestate legis transmissa creditur, iuxta l. quoniam in prioribus, C. de inoff. testam. vnde hæres nihil speciale tunc exercet, quinimmò, ius operatur deductionem istam.

25 Quod attinet † ad 2. obiectionem, putabat Aretinus, in d. l. si maritus, ius petendi collationem, & ita nondum quæsitum, nequaquā transmitti. cui arridet Vlp. in l. 1. §. idem Iulianus ff. de collatione bonorum, vbi Bart. expressim colligit, ius conferendi nondum quæsitum, neutiquam transmitti.

Ego tamen in hac quæstione mediam viam sequor, nempe, regulariter ius conferendi nondum quæsitum non transmitti, casu excepto, quo sint liberi hæredes necessarij, in quos trāsmitti puto. Quoad regulam, moueor ex eo, quod pręfatum ius solis liberis competit, vt patet ex tit. ff. & C. de collationibus; & licet suaptè natura sit intransmissibile, tamen in suos & necessarios hęredes propterea transmittitur; quia in eis aliquale datur vestigium eorū, quę leges requirunt, vt tale ius competat, iuxta supradicta. Quam sententiam mire roborat d. l. si maritus, 14. C. de collation. ibi: *Patri suo hæres extitit*; &c. Quę verba, non ad cognitionem, siue immixtionem, sed potius ad existentiam sui hęredis referenda sunt, argumento l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, aduertit in terminis Costa, vbi supra, d. verbo, debitę, nu. 11. vers. tertio non obstat. Atque ita supponit text. transmissionem factam fuisse ex verbo, suitatis; & statim subijcit: *Et ei posthumus editus à te successit*; Quibus verbis concludit, quod quamuis præfatum ius non transmittatur ex potentia suitatis, transmittitur tamen in posthumum suum hęredem.

Ad

26 Ad tertiam obiectionem † respondetur, ius petendi supplementi per condictionem ex l. omnimodo, C. de inoff. testam. non esse transmissibile ex potentia tantum suitatis; quinimmò regulariter requiri, vt filius intendat, & præparetur agere ad supplementum; & ratio est: quia cum hæc actio ex d. l. omnimodo, succedat loco querelæ, vt patet ex eadem l. omnimodo, & querela nondum saltem præparata ad hæredes non transmittatur, l. posthumus, 6. §. vlt. cum l. sequenti, ff. de inoff. testam. sequitur prædictum ius potentiale, non transmitti ex sola vi suitatis, iuxta regulam subrogatorum, l. si eum, §. qui iniuriarum, ff. si quis cautionibus. l. filiæ suæ, §. vlt. ff. de cond. & demonstr. §. fuerat, Inst. de actionibus.

27 Si tamen filius, † cui dicta condictio competebat ad petendum supplementum, suos, & necessarios hæredes relinquat, in eos sine dubio transmittetur ex potentia suitatis, eodem modo, quo erat apud eorum parentem; idq; comprobo à cessante ratione eorum, quæ proximè diximus: nam est text. elegans in l. si quis filium, 34. C. de inoff. testam. qui decidit, quod in suos hæredes transmittitur querela nondum præparata, vbi ita notat Bald. & reliqui. Et ex dictis constat, condictionem ex d. l. omnimodo, successisse loco querelæ; ergo talis condictio in ijsdem terminis transmittitur ex potentia sola suitatis in suos hæredes. Et certè in hac specie infitiari nequit differentia inter suos, & extraneos hæredes, cum respectu querelæ nondum præparatæ, eam constituat, text. in d. l. posthumus, 6. §. vlt. cum l. seq. ff. de inoff. test. & d. l. si quis filium. C. eodem tit.

28 Ad vltimam † tandem obiectionem respondetur, d. l. si is qui, 59. ff. de acquir. hæred. cõtinuare speciem l. præcedentis, in qua Marcianus I. c. eam quæstionem excitauerat, quid scilicet dicendum, quando filius testatoris abstinet à portione sibi relicta, an alter filius, vel extraneus cohæres, qui suam portionem agnouerat, debeat necessario agnoscere portionem vacantem; aut possit sibi particulariter relictam duntaxat retinere? & respondet, aut totam agniturum, vel à tota recessurum. Subiungit Vlp. in d. l. si is qui, quod si tempore quo filius abstinet, cohæres filius, vel extraneus, qui agnouerat hæreditatem, decessisset, in suos hæredes transmisisse idem ius, quod habebat; videlicet, vt vel iam agnitam portionem dimittat, vel totam agnoscat; & ita iam nõ potest intelligi de iure abstinendi ordinario ex vi suitatis transmisso, quippe, agit de portione agnita, & immixta, sed de alio iure, de quo in l. præcedenti, quod est, aut à tota hæreditate recedendi, aut totam agnoscendi, quod cuicumque hæredi, etiam extraneo, competebat, vt patet ex l. præcedenti, ibi: *Conditio cohæredi, siue suo, siue extraneo defertur, vt aut totã agnoscat, aut à tota recedat.* &c. Manet igitur, quod ius abstinendi à Prætore indultum suis, & necessarijs hæredibus, non est transmissibile ad quoscunque hæredes, ex potentia suitatis.

29 Denique † principaliter aduerte, fratrem substitutum impuberi, si necessarius est patri, etiam fratri necessarium esse, l. sed si plures, §. quos possum, ff. de vulgari, vbi id tradit Bart. ab omnibus receptus, quem sequitur Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo, subsequenter & filia, nu. 20.

30 Quibus † præhabitis, collige Primò, quod in supraposita quæstione ex d. l. sed si plures, §. filio, ff. de vulgari, licet filius non se immiscuisset hæreditati paternæ, sed tantum ipso iure hæres extitisset, adhuc extraneus illi pupillariter substitutus, non potuisset abstinere hæreditate paterna ex persona filij, illamque separare à pupillari, & solam pupillarem amplecti, Angel. de Peric. in repet. l. in suis, nu. 167. ff. de liberis & posthum. nam ipso iure cœpit esse iuncta, & quæsita iam transmittitur; & succedit d. §. filio, & d. l. si quis filiumfam. §. vlt. ff. de vulgari, & ita tenet elegans glossa, verbo, admittantur, ad medium, in l. quidam, elogio, 20. C. de iure deliberandi. *Lusitanus* Caldas, in repet. l. si curatorem, verb. minoribus, num. 58. vers. quod autem, post med. C. de in integr. restit. minor.

31 Collige secundò, quod † licet nepos necessarius hæres patri, in quem transmissa est hæreditas auita ex potentia suitatis, ipso iure quæsitam aui hæreditatem amplecti debeat de seueritate iuris, si paternam velit, cui iuncta de rigore esse cępit auita, nihilominus tamen, cum ex dictis in hũc nepotem necessarium hæredem, transmissum sit ius abstinendi, d. l. si quis filium, §. 1. ff. de acquir. hæred. poterit adhuc separare auitam à paterna, & hanc duntaxat amplecti.

Vnde si in terminis d. §. filio, impubes filius malitia ætatem supplente, nuberet, iuxta cap. de illis, 2. cap. puberes, cap. vlt. de desponsatione impub. liberósque procrearet, vt multoties accidisse referunt. Imola in l. in pupillari, nu. 6. ff. de vulgari. Ripa, in l. 2. supra eodem, idem Imola, in l. humanitatis, nu. 6. C. de impub. & alijs. Ioannes Imol. in cap. Rainutius, de testamentis, nu. 120. vbi Guilielmus Benedict. in verbo, si absque liberis moreretur, il. 2. de pupillari substitutione, nu. 114. Couar. de sponsal. 2. parte, cap. 5. nu. 4. & auus hunc nepotem patri impuberi pupillariter substituisset, quod de iure poterat, argu-

mento

mento l. ex facto, ff. de vulgari, tradunt in spe cie Imola, in d. l. in pupillari, in fine, Ripa, vbi supra, in fine, & plures, quos referens sequi tur Costa, in cap. si pater, 1. parte, verbo, impuberes, nu. 10. de testament. & pater nepotis auitam hæreditatem ex potentia tantum suitatis in nepotem transmisisset, poterit nepos abstinere se auita, illamque licet ipso iure quæsitam, & coniunctam paternæ separare, & solam paternam, quæ pupillaris est, amplecti, cessaret quippe in his terminis decisio d. §. filio, ex supra dictis.

Quam illationem intellige omninò, quando pater non agnitam hæreditatem ex potentia suitatis transmisit: nã si peculiariter agnouit, vel immiscuit: iam vnum omninò patrimonium ex vtrisque bonis est effectum, & vnica, ac simplex hæreditas, vt in terminis tenet glossa elegans, in verbo, negat, ad med. in l. qui se patris, C. Vnde liberi, & ita etiam in his terminis quoad suos hæredes, non permittetur separatio, & locum sortientur d. §. filio, & l. 1. ff. de acquir. hæred. vt agnouit glos. d. verbo, negat, ad med.

32 Collige tandẽ, quod † cũ frater fratri pupillariter substitutus est, iuncta impuberis hæreditate, (qui patri ipso iure hæres extitit) ad fratrem substitutum paterna quoque hæreditas ex viribus suitatis transmissa sit, & consequenter, videatur non posse frater substitutus tunc separare paternam à pupillari, & pupillarem dumtaxat amplecti, vt de seueritate iuris elegã ter innuit Vlp. (qui sic debet intelligi) in l. Iulianus, 42. vers. ceterum, ff. de acquir. hæred. sicut alias dicebamus in extraneo, qui simul patri, & filio hæres scriptus fuerat.

Verum tamen, quia frater fratri impuberi substitutus si patri necessarius est, etiam necessarius fratri fiat, iuxta supra dicta, sequitur, in eum hæreditatem paternam transmissam per fratris impuberis personam, inuoluisse his quoddam abstinendi, argumento l. si quis filiumfam. §. 1. ff. de acquir. hæredit. vt supra explicauimus; vnde, abstensione quodammodo implorata, bonorum reparatio fiebat, cuius interuentu, poterat pupillarem dumtaxat hæreditatem amplecti; & ita procedit d. l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, dum agit de separatione bonorum, quæ, vt notauimus, solum respectu bonorum impuberis locum sortiri poterat.

Cui decisioni duplex suberat dubitandi ra-
33 tio: Prima, † quod ius abstinendi, solum in suos hæredes, qui simpliciter tales dicuntur, videbatur transmitti posse ex vi suitatis, iuxta l. si quis filiumfam. §. 1. ff. de acquir. hæred. vbi loquitur de nepote necessario hærede: at frater, quando fratri pupillariter substituitur, non erat fratri hæres necessarius simpliciter: cum patria potestas deficeret, §. sui, vbi Vigl. num. 3. & reliqui, Inst. de hæred. qualit. immo omnis potestas abesset, §. vnico, Inst. de fiduciaria tutela. Sed ex priuilegio patris concesso d. l. sed si plures, §. 1. ff. de vulgari, quasi pater, qui filio scribit hæredes, sibi alioquin necessarios, sibi testari videatur; Et hęc dubitandi ratio solũ respiciebat illam portionem hereditatis paternę, quę per impuberem deferebatur fratri eius substituto.

34 Secunda erat, quod † filius, qui ex persona sua, & ex persona fratris impuberis, cui pupillariter substitutus erat, omittebat hereditatẽ patris, illius iudicium euertere videbatur, ex quo ex secundis tabulis fratri succedebat, & consequenter, quod aut hęreditatem pupillarem non deberet amplecti, aut ea amplexa teneretur creditoribus paternis respondere, iuxta l. quæsitum, 40. ff. de acq. hęred. vt eleganter aduertit Costa, in cap. si pater. 2. parte, verbo, deferuntur, nu. 15. Caldas, in l. si curatorem, verbo, sine curatore, nu. 42. C. de in integrũ restit. minor. Quę dubitandi ratio generaliter respiciebat paternam hęreditatem, tam quæ filio instituto ex testamento paterno, quam quę per fratris impuberis personam, qui etiam patri hæres extitit, ex pupillari substitutione eidem deferebatur.

35 Atexcellens Papin. in d. l. si filius, qui patri, vtramque † sustulit dubitandi rationem: Primam, in illis verbis: *Iustius enim Prætorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit*, &c. vbi innuit, abstensionem tũnc fratri de rigore non competere, ex dictis in prima dubitandi ratione: *Iustius tamen esse*, &c. & propterea hoc remedium vocauit potius separationem bonorum, quam abstensionem, cum tamen à parte rei nil aliud sit, quam abstensio in bonis nondum agnitis, & ex sola potentia suitatis transmissis; quod ostendunt sequentia verba, ibi: *Etenim ius dicenti propositum est, liberos oneribus hereditarijs non spontè susceptis liberare, non inuitos ab hereditate remouere*; Quę eadem ratio est introducendi ius abstinendi, vt constat ex §. necessarij, Inst. de hered. qualit. Vnde obiter colliges, quod ius abstinendi, quod regulariter ex potentia suitatis in necessarios hęredes transmittitur, in fratre necessario herede ius separationis vocabitur, quia simpliciter necessarius non est: in extraneos vero nullum simile ius transmittitur, vt supra probauimus.

36 Secundum vero † dubitandi rationem sustulit in illis verbis: *Præsertim, quę à remotis tabulis secundis, legitimam haberet fratris hereditatem*. &c. quasi dicat, non potest affirmari, ex iudicio simplici patris succedere fratri suo,

propter

propter substitutionem pupillarem à patre factam; quia licet remoueamus secundas tabulas (in quibus solum considerabatur paternum iudicium) adhuc frater fratri ab intestato succedebat, omnibus alijs exclusis (etiam matre tunc temporis, l. 1. in princip. vers. id est, ff. de iuris, & facti ignor. §. praeferuntur, Inst. ad S.c. Tertullian. obseruat in terminis Costa, d. verbo, deferuntur, nu. 17. vers. ex his.) vt in simili, & ad euitandam similem obiectionem obseruat Vlp. ex sententia Marcelli, in l. Iulianus, 42. vers. alioquin, ff. de acquir. haered.

Illud igitur constat ex d. l. si filius, qui patri, separationem bonorum paternorum a pupillaribus, quae in persona pupilli ipso iure cõmixta erant, specialiter indulgeri fratri substituto: quia aliqualiter necessarius haeres est fratri, à quo in eum transmissa fuit portio paternae haereditatis cum iure quodam similitudinario abstensionis, in quo aequiparatur seruo necessario haeredi, iuxta l. 1. §. vlt. ff. de separationibus.

37 Vnde sequitur, † quod si pupillus, cui frater substitutus est, iuxta terminos d. l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, iam in vita agnouisset paternam haereditatem, re, vel verbo, nequaquam abstensio, vel separatio fratri pupillariter substituto competeret; immò omninò cessaret decisio d. l. si filius, qui patri: quia vnicum iam effectum est patrimonium, & vnica omninò haereditas, latè Crauetta, in repetitione § Diui, nu. 199. & locum habet d. §. filio, vers. idemque, iuncta ratione decidendi, quam supra posuimus, & l. 1. ff. de acquir. haered. innuit glossa, in 2. solutione, verbo, habere possum, in d. l. sed si plures, §. filio, & clarius verbo, negat. ad med. in l. qui se patris, C. vnde liberi, sentit Caldas, in l. si curatorem, verbo, minoribus, nu. 58. C. de integr. restit. minor. quam sententiam probat d. l. si filius, qui patri, ibi: *Praesertim, quod remotis secundis tabulis legitimam haberet fratris haereditatem*; &c. nam si agnitione impuberis iam haereditatis paternae portio illi esset quaesita, etiam ab intestato, & remotis tabulis secundis, vtramque simul iunctam obtinere debebat, cum vnicum fuerit iam, ac simplex patrimonium; quod non ita eueniebat, si ex sola potentia suitatis, quaesita esset haereditas paterna, & transmissa: nam ab intestato, effectu ipso separata erat, vt innuit l. qui se patris, C. vnde liberi, & ita vigebat ratio Papin. in d. l. si filius, qui patri, vers. praesertim.

38 Nec obstat † l. 1. & per tot. ff. de separationibus, vbi à Praetore permittitur separatio in ijs, quae omninò sunt coniuncta; ergo idẽ dicendum videbatur in propositis terminis, quamuis impubes iam agnitam paternam haereditatem transmisisset. Quia respondetur, separationem, quam supra concedimus fratri substituto, non esse simplicem, sed succedere loco abstensionis, ex peculiari ratione, quam exposuimus; ergo locum tunc sortietur, quando abstensio potuisset: at abstensio cessat in haereditate agnita, l. iam dubitari, vers. vlt. vbi communiter notatur, ff. de haeredibus instit. igitur in ijsdem terminis separatio fratri concedenda non erit, eo magis, quià nunquã fuit facta separatio in bonis omninò coniunctis, ad acquisitionem mere lucratiuam, vt colligitur per argumentum à partibus remotis, ex glos. celebri prima, in l. 1. ff. de separationibus, vbi omnes species separationis inducendae percurruntur; At in fratre respectu fratris, successio merè lucratiua est, cum volens abstinere possit, ex Bart. sententia (quam omnes sequuntur) in l. sed si plures, §. quos possum, ff. de vulgari. quem sequitur Costa, in cap. si pater, verbo, subsequenter & filia, nu. 13. ergo separationem non faciet in haereditate paterna, quae iuncta omninò coepit esse cum pupillari, per agnitionem impuberis.

39 Praedictam autem illationem, quod † scilicet frater fratri pupillariter substitutus non possit separare haereditatem paternam, quae coepit iuncta esse pupillari per agnitionem impuberis: declararem Primò, vt tantum procederet, quando frater pupillus agnouit in vita non solum sibi adscriptam portionem, sed etiam eam, qua frater substitutus se abstinuit, argumento l. si duo, 38. ff. de acquir. haered. nam si impubes post agnitam suam portionẽ decessisset, & frater ei pupillariter substitutus postea abstinuisset, sicut quilibet haeres pupilli poterat tunc separare portionem paternã, quae iuncta cum pupillari ad ipsum pertinerat, & sic ab omni haereditate paterna recedere, vt eleganter probat Vlp. in l. si is qui, 56. iuncta praecedenti, ff. de acq. haered. ita etiam poterit frater pupillariter substitutus, ex persona fratris impuberis, cui succedere vult, separare, & omittere portionem paternam, quę per agnitionem impuberis iuncta esse cęperat pupillari: si quidem portio abstenta, quae accrescebat, tale ius praestabat; quod viuus pupillus haberet à toto recedendi, ex d. l. si is qui, cum praeced. & hoc priuilegium differt ab eo, de quo in d. l. si filius, qui patri, ff. de vulgari: quia ibi agebatur de haereditate ex vi tantum suitatis transmissa, at in d. l. si is qui, de haereditate agnita transmissa; in illa, de peculiari Praetoris remedio: in hac, de vulgari, & omnibus communi.

Neque obstabit l. quaesitum, 40. ff. de acquir. haered. vbi qui impugnat iudicium patris, deferendo illius haereditatem, in qua solus institu-

institutus est, non potest acceptare hæreditatem filij impuberis, in qua substitutus est ex eodem paterno iudicio. & in dictis terminis omninò videtur impugnare iudicium paternum, abstinet enim ad effectum, vt totum iudicium paternum corruat. Quia respondetur, d.l. quæsitum, limitari in suo, & necessario hærede, attenta æquitate Prætoria, vt supra ostendimus. Vnde, si in hisce terminis extraneus (qui à patre institutus est, & substitutus filio impuberi) repudiet paternam hæreditatem, vt ita accrescat pupillo, qui patri hęres extiterat; & decesserat; & consequenter vt possit totam paternam repudiare quasi ex persona impuberis attenta æquitate d. l. si is qui, ei nihil proderit obstante d. l. quæsitum, quæ tunc etiam locum habebit, vt supra aduertimus, nisi adhuc respectu extranei detur tertius hæres, cuius aditione confirmetur, & sustineatur iudicium patris: tunc enim ex persona impuberis, cui substitutus est, poterit omninò recedere à bonis paternis, ēt ab ijs, q̄ impubes agnouerat, ex d.l. si is, qui, ff. de acquir. hæred.

40 Declararem Secundò, ne † procederet; si frater substitutus adhuc ex persona fratris impuberis restitutionem imploret, quod videlicet impubes læsus fuerit in agnoscenda hæreditate paterna oneribus hæreditarijs implicita (quod in causæ cognitione versatur) & ita cogeretur intestatus decedere, nullo adeunte hærede, argumento l. Iulianus, 42. ff. de acquir. hæred. ibi: *Impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem; metu enim onerum patris, timidius quis etiam impuberis hæreditatem adibit*; &c. Quod quidem restitutionis remedium, vt hæres pupilli impetrare potest, l. Stichum, aut Pamphilum, §. quod vulgo, vers. vlt. ff. de solutionibus, l. ea, quæ, 5. §. vlt. C. de temporibus in integr. restit. latissimè Lusitanus Caldas, in l. si curatorem, verbo, minoribus, nu. 43. C. de in integrum restit. minor. & in his terminis restitutio impuberis competebat, l. 1. & 2. C. si minor ab hæreditate se abstinuerit. Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 87. §. 7. & Castellana, l. 20. tit. 6. parte 6. quam resolutionem licet non admittat Caldas, d. verbo, minoribus, in extraneo cohærede, vt patet ex nu. 58. vers. quod autem, in d. verbo, minoribus, admittit tamen in fratre pupillariter substituto, vt apud eum videre licet d. num. 58. ad fin. & id à fortiori comprobant plurimi per ipsum relati, in vers. sed contrariam, dum verò generaliter asserit, hæredem impuberis non posse vti restitutione competenti impuberi, ex d. l. 1. & 2. C. si minor ab hæred. interim non disputo, nec placet; & habet eximios contradictores, vt ipse refert, in d. vers. sed contrariam. Quinimmo in extraneo etiam cohærede, & simul substituto prædicta restitutio recipietur; si termini aptentur, ita ne obstet d. l. quæsitum, vt supra, in simili aduertimus. Et hoc quidem remedium diuersum est ab eo, de quo d. l. si filius, qui patri: nam ibi agebatur de iure fratris substituti; at in restitutione simul agitur de iure eius, cui substituitur, ea tamen implorata, fiet bonorum reparatio ex priuilegio d. l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, argumento l. ait Prętor, §. non solum, ff. de minoribus, iuncta l. 1. §. vlt. ff. de separationibus, vbi per restitutionem iterum fit separatio bonorum, quæ per agnitionem ipso iure deperdita fuerat.

41 Tertia, & vltima species est, † quando pupillariter substitutus impuberi, scriptus est hæres ex asse in testamento paterno, pupillo videlicet exhæredato; in qua, si scriptus est extraneus, certum est, non posse repudiare paternam, & acceptare pupillarem: tum, quia nisi patris sit adita hæreditas, filij pupillare testamentum non valet, vt in terminis ita decidit Vlp. in d. l. sed si plures, §. si ex asse, l. 2. vers. addo, ff. de vulgari, quæ iura interpretatur Costa, quando non datur suus hæres, cuius sola existentia tabulæ pupillares confirmentur, vt tradit in cap. si pater, 2. parte, verbo deferuntur. nu. 14. tum etiam, quia qui ex asse est institutus in testamento paterno, si velit ex pupillari tantum substitutione succedere, exhæredato testatoris filio, impugnat iudicium ex quo vult capere, & tunc succedit l. quæsitum, 40. ff. de acquir. hæred. ibi: *Nam qui iudicium oppugnauit, non debet ex eadem hæreditate quicquam consequi*; &c. iunctis ijs, quę ad interpretationem horum verborum tradit Costa, d. verbo deferuntur, nu. 15. ante finem.

42 Quid autem, † si scriptus ex asse in testamento paterno, est filius suus hęres, & frater impuberis exhęredati, cui pupillariter substitutus est; an possit abstinere paterna, & amplecti solam pupillarem hęreditatem? & certè ratio d. §. si ex asse, hic cessat, quia sola existentia sui hęredis confirmat tabulas pupillares, exhęredationem, & cetera, quę à solo testamento pendent, vt abunde probat Costa, d. verbo, deferuntur, à nu. 3. Caldas, in repet. l. si curatorem, verbo, sine curatore, à nu. 43. C. de in integrum restit. minor. itidem cessat ratio d. l. sed si plures, §. filio, non enim per exheredatum iungitur hęreditas paterna cum pupillari: immò, filius ex asse institutus, poterat vti vulgari remedio abstensionis quoad paternam hęreditatem.

In hac igitur quęstione existimo, posse amplecti solam pupillarem, & de hoc esse tex. clarum in l. filius, qui se paterna, 41. ff. de acquir. hæred. dum inquit: *Filius, qui se paterna hæ-*

reditate

re sitate abstinuit, si exhæreditati fratris hæreditati se immiscuerit, & pro hærede gesserit, poterit ex substitutione hæreditatem obtinere; Et ita sentit glos. ibidem, & reliqui, dum asserunt, id esse priuilegium filij, sicut in l. si filius, qui patri, ff. de vulgari.

Verum obstat d. l. quæsitum, 40. ff. de acquir. hæred. vbi qui solus instituitur in testamento paterno, non potest solam pupillarem hæreditatem amplecti, omissa paterna; quem text. in his terminis (scilicet, quando hæres ex asse institutus est) nisi de filio suo hærede intelligeremus, careret dubitandi ratione: nam si ex asse esset institutus extraneus, si nollet paternam adire hæreditatem, frustra pupillarem peteret, quę irrita fit, nisi patris hęreditas adita sit, vt exprimit Vlp. in l. 2. vers adeo, d. l. sed si plures, §. si ex asse, ff. de vulgari; immo, & si coactus adiret, pupill. quoque restitueret, l. ita tñ, 27. §. qui suspecta, vers. vlt. ff. ad S.c. Treb.

Quo fundamento putauit subtilissimus Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo, deferuntur, nu. 16. vers. vnde in d. l. quæsitum, quod in proposita specie, si filius ex asse institutus, & substitutus pupillo exhæredato, hæreditati pupillari se immisceat, eo ipsam censeatur amplecti paternam, quamuis iam ea ipse se abstinuisset; quia videretur facere actum, qui citra ius, ac nomen hæredis fieri nequit, argumento l. pro hærede, §. Papinianus, ff. de acquir. hæred.

Quam sententiam amplius cõfirmat Costa, n. 17. ex d. l. filius, qui se paterna, dũ opinatur, quęstionem ibidem à Iuliano propositam esse, an filius, qui paterna hæreditate se abstinuit, possit pupillarem amplecti impuberis fratris exhęreditati (quod & nos agnoscimus) & I.c. decidisse, non aliter pupillarem retinere posse, quam paternam iterum agnouisset: qua mẽte secuta, audenter asserit, illa verba: *Et pro hærede gesserit:* ad paternã hæred. referenda, ne superflua maneret respectu pupillaris, de qua dixerat: *Si exhęredati fratris hęreditati se immiscuerit.*

Sentit tamen idẽ Costa, d. n. 11. vers. ex his, quod si prędictus filius vtatur remedio separationis, de quo in d. l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, tunc tutè poterit se immiscere hæreditati pupillari, quin etiam paternam amplecti censeatur: nam putabat solam abstensionem (etiã quando ex asse erat institutus, exhæredato fratre impubere) non sufficere respectu paternę hæreditatis, ne videretur ad illam redire, si postea agnouisset pupillarẽ, & Costę assentit Lusitanus Caldas, in l. si curatorem, verbo, sine curatore, n. 43. ad finẽ, C. de in integr. restit. min.

43 Ego suprapositam communem † resolutionem verissimam puto, & euidenter probari, in d. l. filius, qui se paterna, quidquid perperam contradicat Costa, d. n. 17. & ante eum Thomas Chalancus (quem refert) l. t. nu. 12. & nu. 66. ff. de acquir. hæred. vt ex responsione ad obiecta clarè apparebit.

Nec obstat iam d. l. quæsitum, quia licet fateamur, etiam in filio suo hærede loqui posse, vt euincit proposita argumentatio (quamuis communis interpretatio ibidem cum glos. in extraneo dumtaxat intelligat, vbi ita tradit Cumanus; & glos. verbo, obtinere, in d. l. filius, qui se paterna, tamen id generaliter statuitur, & secundum iuris seueritatem, quæ in hæredibus extraneis non remittitur; at in suis, ac necessarijs laxata est, vt patet ex §. necessarij, Inst. de hæred. qualit. l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, ibi: *Iterum ius dicenti propositum est;* &c. & hæc, ni fallor, fuit intentio compilatorum Digestorum, dum pręfatæ l. quæsitum, statim subiunxerunt d. l. filius, qui se paterna, vt intelligeretur, quod licet præcedens generalis regula tradita in d. l. quæsitum, vera etiã esset respectu sui hæredis, de iuris ciuilis rigore, attamen ex æquitate Prætoria, quæ ius abstinendi concessit, in filio limitanda erat, attento eodem iure Prætorio, quo supposito, procedit d. l. filius, qui se paterna.

44 Deinde, falso † subijcit Costa, vbi supra, qđ ex sola agnitione pupillaris hæreditatis, etiam omissam hęreditatem paternam videbatur iterũ agnoscere, quod ei licebat, ex l. si quis suus, ff. de iure delib. l. vlt. C. de abstinẽd. vel repud. quia vtpote solus institutus, non poterat pupill. amplecti, citra nomen, ac ius hæredis paterni: nam hæc ratio respectu sui, ac necessarij hæredis, omninò inualida est: substitutio. n. pupillaris (si illam demas, quæ fit hoc modo: *Quisquis mihi hæres erit, sit hæres filio meo;* quo casu requiritur, quod sit hæres patris, qui filio cupit esse, l. qui liberis, 8. ff. de vulgari, tunc enim agnitio in pupillari, per necessarium antecedens induceret agnitionẽ in paterna hæreditate: posito enim consequente, ponitur antecedens necessarium, l. 3. §. vlt. vbi bonus casus, ff. rem ratam haberi glos. verbo, si solus, & magis in specie, verbo, citra nomen, in vltimis verbis, in l. pro hærede, §. Papin. ff. de acq. hęred. est diuersum testamentum, saltem continet diuersam hęredit. §. igitur, Inst. de pupill. agnoscit Costa, d. 2. parte, verbo deferuntur, n. 15. ante finem, & diuerso iure competit; Et quam quis habere potest, quin sit hæres patris, potest enim pater sibi vnum, alterum filio hæredẽ scribere. Quinimmo, & licet eundem sibi, & filio adscribat hæredem nomine proprio, adhuc vna hæreditas ab altera separari potest, etiã in extraneis, si sit cohęres, cuius aditiõne iudicium paternũ, & consequenter secundæ tabulæ sustineantur, l. ita tamen, 27. §. qui suspectam, vers. vlt. ff. ad S.c. Treb. iuncta l. 2. vers. adeo, & l. sed si plu-

N res,

res, §. si ex asse, ff. de vulgari. ergo substitutio pupillaris secundum se, non inuoluit necessarium ius & nomen hæredis in paterno testam.

45 Nec iam † obstat d. l. quæsitum, in fine, ff. de acq. hæred. vbi institutus ex asse in hæred. paterna, agnoscêdo pupillarem, videtur agnoscere paternam: nam si eam interpretemur respectu extranei hæredis, de plano procedit; etenim, non adita paterna irrita fiebat pupillaris, d. l. 2. vers. adeo, l. sed si plures, §. si ex asse, & ita nihil mirum, quod agnita pupillari, per necessarium antecedens censeatur agnita paterna, idque ante repudiatam paternam hæreditatem, cuius interim nihil attigerat, vt sentit d. l. quæsitum, in princip. nam ea repudiata, frustra agnosceret pupillarem, quę iam irrita effecta erat, & ex eo insuper, quia ad semel repudiatam hæreditatem non amplius extraneo patet regressus, vt probatur ab speciali, in l. vlt. C. de abstin. vel repud. & l. si quis suus, 8. ff. de iure deliberan.

Si verò eam interpretemur in suo hærede, ex asse instituto, & pupillariter substituto fratri impuberi exhæredato, cum istius sola existentia confirmet tabulas pupillares, vt supra probauimus, nihil inconueniet, quod abstinens se paterna, possit securè agnoscere pupillarem. & respectu sui hęredis illud solũ obstabat, quod iudicium paternum oppugnare videretur, ex quo per substitutionem tantum pupillarem volebat succedere, vt aduertit Costa, d. verbo, deferuntur, n. 15. Caldas, in repet. l. si curatorem, verbo, sine curatore, n. 43. ante finem, C. de in integr. rest. minor. nam hæc obiectio remittitur per abstensionem, si ex asse institutus est; & per separationem bonorum, quando simul cũ pupillo, iuxta supradicta, institutus est.

46 Nec Costam † d. verbo, deferuntur, n. 16. vers. vlt. excusat d. l. pro herede, §. Papinianus, ff. de acquir. hæred. ibi: *Quia ex defuncti voluntate accipitur*; &c. quę ratio etiam in hæreditate pupillari militare videbatur: nam vltra quã quod d. §. Papinianus, loquatur in dispositione, quæ simpliciter pendet ex voluntate testatoris, substitutio vero pupillaris iuris censura filij esse credatur, §. igitur, Inst. de pupillari, ibi: *Tanquam si ipse filius sibi hæredem instituisset*, &c. Respondetur, relata verba ex d. §. Papinianus, non inuoluisse simpliciter rationem decidendi; quidquid dicat Costa, d. n. 16. Etenim Papinianus hanc decidẽdi rationem alijs adductam promit, ab illaque recedit: & in ea tantum conquiescit, quod aut datur cohæres, aut non: vt in hoc casu, filius iterum agnouisse semel omissam hæreditatem paternam credatur, secus, in illo. Nec etiam hæc Papin. ratio aliquid facit cõtra filiũ in propositis terminis: quia longe alio princip. mouetur, quã l. c. in l. quęsitũ, ff. de acq. hęred. vt inferius apparebit.

47 Cur autẽ † in d. §. Papinianus, dicitur, quod si filius hæres ex asse, accipiendo numos ab statu libero gratia conditionis implendæ, censeatur pro hæredê gerere in hæreditate paterna, quamuis ab ea iam se abstinuisset, subiungens, quod tunc citrà nomen, & ius hæredis, dictos numos accipere non poterat. non modicæ dubitationis est.

Et glossa, ibidem, verbo, si solus, intelligit hoc procedere, quia supposito, quod filius si accepit numos conditionis implendæ causa, vt libertas competat, videtur agnoscere hæreditatem paternam, & pro hærede gerere, sine quo libertas non competebat: & ita libertatem directam sub conditione relictam non confirmari sola existentia sui hæredis, generaliter tradunt, per text. in d. §. Papinianus, Salyc. Imola, Ias. & alij ibidem.

48 Ceterum, libertatem † directam sub conditione datam confirmari sola existentia sui hæredis, tradit Aretinus, in d. §. Papinianus, col. 1. in fine, vers. sed videtur. Sequitur Costa, d. 2. parte, verbo, deferuntur, n. 11. vers. sunt qui limitent. Quę sententia verior est: nam cum dispositio, quæ non pendet ab obligatione hęredis, sed directò à testamento procedit, sola existentia sui hęredis omninò confirmetur, quamuis suus hæres se abstineat, vt in libertate simpliciter directa probat l. sciendum, ff. de manumiss. testam. & directa libertas etiam sub conditione relicta, impleta conditione, simpliciter directa maneat, & libertus fiat Orcinus, hoc est, testatoris, l. 2. ibi: *Non perdat spem Orcini liberti*; ff. de statu liberis, iuncto §. qui autem, vers. at is, Inst. de singulis rebus per fideicommiss. ibi: *At is, qui testamento liber esse iubetur, ipsius testatoris libertus fit, qui etiam Orcinus appellatur*; vbi notat glos. verbo, Orcinus, sequitur manifestè, ēt sola sui hęredis existentia cõfirmari.

Idq; confirmat d. §. Papin. dum inquit, si filius solus institutus abstineat, & postea accipiat ab statu libero, censetur denuo pro hęrede ge-

49 rere in hæreditate paterna: at † statu liber nõ dicitur (vt elegãter aduertit Costa, vbi supra,) ille, cui libertas directa sub conditione relicta est, nisi iã adita sit hęred. testatoris l. 2. l. statu liberũ medio, §. vlt. ff. de statu liber. ergo in d. §. Papin. dum dicitur filiũ post abstensionẽ accepisse ab statu libero, supponitur; libertatẽ fuisse confirmatam sola existentia sui hæredis, quę pro aditione est, l. in suis, ff. de suis & legitim.

Si igitur per solam existentiam sui hæredis, confirmata est directa libertas, relicta sub conditione dandi filio instituto, iam cessat glossæ, & aliorum communis interpretatio, ad d. §.

50 Papin. Vnde † adhuc insistendum est, cur amplius Vlp. ex sententia Papin. requirit, vt vel

filius

filius agnoscat hæreditatem paternam, in qua & asse institutus est si numos accipere vult: vel sit cohæres, qui adeat, vt ita possit numos, dumtaxat ab statu libero amplecti? & quoad libertatem, vt diximus, nihil opus fuit filij agnitione, vel cohæredis aditione: quinimmo statu liber indistinctè dando filio abstento, argumēto l. quia autem, 6. §. vlt. ff. si quis omissa causa testam. vel co nolente accipere oblatos numos, libertatem consequitur, vt est regulare in omni statu libero (qualis dicitur in d. §. Papinianus) per text. in l. statu liberos, 3. in princip. & passim sub tit. ff. de statu liberis.

51 Vnde dubitatio, & † quæstio principalis, in d. §. Papinianus, non est respectu libertatis; sed respectu acceptionis numorum, an scilicet, & quando filius accipiens numos ab statu libero, implendæ conditionis gratia, censeatur pro hęrede gerere in hæreditate paterna, qua se abstinuit? & hoc supposito, cur institutus ex asse, si accipiat pecuniam ab statu libero, pro hærede gessisse videatur: cum illi pecunia nominatim, non vero vt hæredi danda esset, vt patet ex d. §. Papinianus, ibi: *Filio nominatim pecuniam dare iussus*; &c. & ab intestato impleri posset conditio, si omissa fuisset causa testamenti, d. l. quia autem, 6. §. vlt. ff. si quis omissa causa test. si vero cohæredem habeat, qui adeat, non videatur pro hærede gerere in test. paterno.

52 Existimo, † id ex eo prouenire, quod quando filius ex asse hæres instituitur, siue tunc conditio dandi filio, nominatim adscribatur, siue sub nomine appellatiuo hæredis, semper apponitur vt hæredi; vt eleganter probatur ex l. his qui in potestate, §. vlt. ff. de legatis præstandis, vbi si filio præterito instituatur extraneus, & ab eo sub cōditione aliquid dādi, legetur exceptæ personæ (cui legatum debebitur etiam petita bonorum possessione cōtra tabulas à filio præterito, iuxta l. 1. & totum tit. ff. de legatis pręstandis) & postea filius testamentum patris contratabulet, non solum auocat ab instituto extraneo, hæreditatem, quæ remansit post pręstationem legatorum, exceptis personis relictorum; sed & illud, quod gratia conditionis implendæ accepit extraneus hæres, siue hoc accepisset sub nomine appellatiuo hæredis, vt patet ibi: *Si hæredi decem dederit*; siue nominatim, & proprio nomine, v. g. si decem Titio dederit, & hæres Titius vocetur, vt patet ibi: *Sed etsi Titio iussus fuerit dare*; &c. Semper enim respectu eiusdem personæ textus procedit, quidquid aliter interpretetur glos. ex sententia Azonis ibidem, verbo, sed si Titio. Aliter namque si conditio dandi apponeretur respectu alicuius extranei non instituti, receptū ab eo gratia conditionis implendæ, non auocaretur per filium contratabulantem, non enim est quidquam ex hęreditate defuncti relictum, & consequenter recipiens non manet legatarius, l. si quis sub conditione, 8. ff. si quis omissa causa test. facit l. qui hæredi, 44. §. cum hæreditas, ff. de cond. & demonstr.

53 Constat igitur † ex d. l. is qui in potestate, §. vlt. quod vnico hærede instituto, conditio dandi decem hæredi siue nomine appellatiuo, siue proprio, semper intelligitur tamquam hęredi, ex mente defuncti, & iuris censura: creditur enim tamquam frustranea omissa mentio hæredis, quando vnicus est. Id autem, quod relinquitur sub conditione dandi hæredi, omninò hæredi dandum est, vel ei, qui vt ab hærede accipit. d. l. qui hæredi, 44. §. certe, qui debet intelligi contra glos. ibidem, verbo, debeat, vbi in literali explicatione decipitur) ff. de cond. & demonstr. l. si statu libera, pœnæ serua, §. si filiusfamil. l. seruus si hæredi decem, ff. de statu liberis, in quibus iuribus, vel hæredem, vel alterum ratione eius, qui hæres extitit, accepisse apparet.

54 Hæc igitur omnia † colligendo, cum in d. §. Papinianus, solo instituto filio apponatur conditio, si filio dederit, quæ perinde est, ex mente defuncti, & dispositione iuris, ac si diceret, si hæredi dederit, sequitur, quod licet abstinuisset iam se hæreditate paterna, recipiendo postea numos ab statu libero gratia conditionis implendæ, pro hærede iterum gessisse videtur, & regredi ad hæreditatem; quod ei licebat, l. si quis suus, ff. de iure deliber. l. vlt. C. de repudianda, vel abstin. notat aliàs Costa. in cap. si pater, verbo, deferuntur, nu. 15. vers. vlt. nam prædicta receptio illi permissa censetur, sub ratione hæredis, quamuis nominatim fieret, vt supra probauimus, & ita non citra nomen, ac ius hæredis, quinimmo vt hæres accipit, ergo, &c.

55 At quando datur cohæres, conditio † dandi filio nominatim, non vt hæredi, sed vt filio, apposita censetur: & cessat iuris dispositio, & patris voluntas, quæ alias militabat in vno, codemque hærede filio instituto: vnde nihil mirum, quod filius, qui abstinuit hæreditate paterna, postea recipiens numos ab statu libero gratia conditionis implendæ, non censeatur in dubio reuocare abstensionem, & iterum agnoscere hæreditatem paternam: quia cum citra nomen, ac ius hæredis, possit id facere, non creditur in dubio pro hærede gerere.

56 Requiritur tamen in d. §. Papin. † quod cohęres adeat, vt patet ibi: *Et cohæres adijt*, &c. alioquin cohęrede repudiante, tota deuoluitur hæreditas ad filium, & perinde est ac si a principio ex asse institueretur: quo casu iterum suscitatur iuris dispositio, cui etiam confirmari

præſumitur mens teſtantis, ſ.. ur ſum quam tunc temporis nominatim facta conditio dandi, perinde eſt, ac ſi ſub ratione hæredis apponeretur, iuxta ſupradicta.

57 Ex quibus conſtat † rationem decidendi ad d.§. Papinianus, non proficiſci ex l. quæſitum, 40. ff. eodem tit. ſi agimus de ſuo ac neceſſario hærede, quidquid contradicat Coſta, in d. 2. parte, verbo, deferuntur, num. 16. nam d.l. quæſitum, reſpectu ſui hæredis ex aſſe ſcripti, fundabatur in eo, quod non debebat quidquam conſequi ex voluntate defuncti, qui illam oppugnabat, cum ex aſſe eſſet inſtitutus, (etenim ſola exiſtentia ſui hæredis iam validũ erat teſtamentum). At d.§. Papinianus, quando filius ſolus eſt inſtitutus, ex eo procedit, quia tunc conditio dandi cenſetur, vt hæredi appoſita, & ideo nihil mirum, quod recipiendo numos, præſumatur reuocare abſtenſionẽ, cum citra nomen, ac ius hæredis illos ab ſtatu libero nequeat accipere.

58 Vt igitur † reuertamur, vnde digreſſi ſumus, in ea ſententia, ſecundum quam dicebamus, quod filius ex aſſe inſtitutus hæres in teſtamento patris, & ſubſtitutus impuberi fratri exhæredato, poterat amplecti ſolam pupillarẽ, abſtinendo ſe paterna hæreditate: non obſtat prępoſtera interpretatio, quã Coſta connectebat textui in d. l. filius, qui ſe paterna, ff. de acquir. hæred. ibi: *Et pro hærede geſſerit*; vt ſupra pro eo expendimus: nam verba illa referenda ſunt ad pupillarem hæreditatem, nec propterea ſuperfluunt: etenim copulatiua illa, (*&*) debet accipi pro alternatiua, iuxta tex. in l. coniunctionem, & l. ſæpe ita, ff. de verbor. ſignificat. l. cum quidam, C. eodem tit. cum alijs ibidem à gloſ. congeſtis, & ita d.l. filius, qui ſe paterna, ibi: *Si exhæredati fratris hæreditati ſe immiſcuerit, & pro hærede geſſerit*; &c. illud oſtẽdit, vt quomodocunq; frater hæreditatem fratris agnouerit, ſiue immiſcendo, ſiue pro hærede gerendo, (non verò ſpeciali aliquo ſubſidio) poſſit ex ſubſtitutione accipere hęreditatem pupillarem, quamuis paterna abſtinuiſſet: mouebat enim dubitandi rationem, quod tunc videbatur oppugnare iudicium paternũ filius, qui ex eodem iudicio in pubillaribus tabulis ſuccedebat, ſed eam tollit text. in l. Iulianus, 42. verſ. alioquin, ff. eodem tit. & l. ſi filius, qui patri, 12. verſ. pręſertim, ff. de vulgari.

59 Tandem † dum Coſta, d. nu. 17. verſ. ex his, innuit, quod ſi filius in terminis d. l. filius, qui ſe paterna, imploret remedium ſeparationis, de quo I.c. in d. l. ſi filius, qui patri, tute poſſit tunc agnoſcere pupillarem, omninò omiſſa hæreditate paterna.

Id certè indignè ſentit: nam remedium ſeparationis, de quo in d. l. ſi filius, qui patri, ſolum neceſſarium fuit reſpectu hæreditatis paternæ, quæ commixta fuit pupillari, (pupillus enim ſuus patri hæres extiterat) alioquin perperam I.c. ageret de ſeparatione bonorum in d.l. ſi filius, qui patri, vt ſupra probauimus, & ſentit in ſimili text. in l. qui ſe patris, C. vnde liberi, & d.l. ſed ſi plures, §. filio, ibi: *Separare hæreditates*. At in terminis d.l. filius, qui ſe paterna, cum impubes exhæredatus fuiſſet, nulla hæreditatis paternæ portio pupillari potuit ipſo iure coniungi, quæ ſeparanda foret: ſed ſola mãſit paterna hæreditas delata filio, à qua ſufficit ſe abſtinere; vt illa omiſſa, pupillarem dumtaxat potuiſſet amplecti.

Vnde eleganter colliges, in d.l. filius, qui ſe paterna, & d.l. ſi filius, qui patri, aſſignari diuerſa remedia: nã in illa, refertur vulgare ſubſidium abſtenſionis: in hac verò aliud, quod dicitur ſeparationis, ad ſimilitudinem abſtenſionis; vt ſupra latè explicauimus, quæ quidem remedia in ſuis ſpeciebus plenè medentur.

60 Pro coronide, aduerte, † quid dicendum, quando è conuerſo, hæres in paterno teſtamẽto ſcriptus, & ſubſtitutus impuberi, amplectitur paternã, & poſtea reſpuit delatam pupillarẽ? Sunt iura in terminis, quæ id denegant, l. qui patri, 59. ff. de acqu. hæred. l. quidã elogio, 20. C. de iure deliber. vbi gloſ. verbo, admittitur, & ſequũtur oẽs cõmuniter Scribẽtes. Qui igitur adit paternã hæreditatẽ, omninò agnoſcere debet pupillarẽ, ſi pupillo ſubſtitutus eſt; Et ratio eſt: qui vbi primũ adiuit paternã, ſtatim ſcit, vel ſcire debet, ſe agniturũ pupillarẽ, quæ ſuppoſita ſubſtitutione, iure quodã accreſcendi, mortuo pupillo, coniungitur hæreditati paternæ, vt patet ex d.l. qui patri, ibi: *Coniungi eã paternæ hæreditati, et accreſcẽdi iure acquiri*; &c. l. ſi quis hęres, 35. ff. eodẽ tit. l. teſtamento, C. de impuberũ et alijs, & tũc ſuccedit ẽt ratio d.l. ſed ſi plures, §. filio, ff. de vulgari, ibi: *Iuncta enim hæreditas cępit eſſe*, &c. quo caſu non permittitur ſeparatio.

61 Ex quibus (non iniucunda digreſſione) apparet decidendi ratio ad d.l. qui patri, verſ. quod ſic, ibi: *Quod ſic recipiendũ eſt, etiamſi viuo pupillo mortuus erit*, &c. vbi probatur hæreditatem viuentis poſſe tranſmitti ab eius hærede, quod quidem tantũ intellige in hęreditate pupillari quando iam adita eſt paterna ab eodem hęrede, qui pupillo ſubſtitutus erat: nam in hoc caſu, cum ſit neceſſarius hęres pupillo, & impubere mortuo coniungatur vtraq; hæreditas, d.l. qui patri, dilatio ſecundarũ tabularũ ius neceſſarij hęredis nõ immutat, vt elegãter probat l. 3. §. vlt. ff. de hæred. inſt. perinde eſt enim, ac ſi eo tempore, quo pater deceſſit, pupillus quoq; deceſſiſſet: vnde trãſmiſſio, retrotractione qua

dam

de praecedenti ex iure quodam accrescendi fit: aliter non posset, iuxta l. si ex pluribus. ff. de suis, & legit. tradit glos. vlt. d. l. qui patri, suadebat; ratio ha. tit. de hered. vel act. vendit.

62 Colligitur deinde † ratio decidendi ad l. hę redis, 7. §. tantumdem, vers. tractari, ff. quando dies legati ced. ibi: *An uiuo pupillo defunctus Setus, ad hęredem trasferat*, &c. ibi: *Et magis est ad hęredem legatarij transire*; vbi legatarius pupillaris transmittit legatum, quamuis decedat viuo pupillo, à cuius substituto datum erat. Cum tamen legatarius decedens viuo eo, de cuius hæreditate legatum datum est, regulariter nihil transmittat, l. vnica, §. cum igitur, in fine, C. de caducis tollend. glos. per text. ibi, in l. si post, 5. ff. quando dies legati cedat. At in pupillari hæreditate testamentaria id speciale est, quia mortuo pupillo, statim coniungitur hæreditas pupillaris paternæ, & videtur adita à tempore, quo paterna adita est.

Vnde d. §. tantumdem, vers. tractari, supponit substitutum pupillare de quo ibi fuisse etiā hæredem patris, ut supra probauimus, & satis innuit d. l. qui patri, dum agens transmissione hereditatis pupillaris uiuo impubere, dicit hoc fieri iure accrescendi, quod omninò requirit positionem agnitam, cui accedat l. hæc scriptura, 26. ff. de cond. & demonstr. ergo, cum ab hoc fonte procedat decidendi ratio ad d. vers. tractari, supponi debet vnum, & eundem esse hęredem patris & pupilli, à quo legatū est: & simul, quod paternam hæreditatem adijsset & sentit elegans glos. in d. l. qui patri, verbo patris hæredi, ibi: *Sed ille substitutus non erat institutus, & ideo non defertur hęredi*, &c. Alioquin si pupillo dumtaxat hæres adscriptus esset; sicut ipse, si ante pupillum decederet, nihil transmitteret, l. vnica, §. in nouissimo, C. de caducis toll. iuncta ratione glossę, verbo, defuncti, in §. in his itaque, infra eadem l. unica, ita etiam legatorum à tali substituto datorum, mortuo legatario dum viuit pupillus, dies non cederet: tum, quia hæreditas pupillaris in his terminis per se consideratur, tanquam diuersa à paterna, cui tunc nō coniungitur, & ideo pupillus tanquam alius testator intelligitur, cuius mors requiritur, vt ab illo legatorum datorū dies cedat vt regulare esse supra probauimus; tum etiam, quia incertum est, an moriente substituto pupillari in uita impuberis, testamentum ruat, & legata labefactentur, l. eam, quam, C. de fideicommiss.

63 Et hinc † subinferes necessarium intellectum ad l. 1. ff. quando dies legati ced. dum inquit: *Mortuo patre, licet uiuo pupillo, dies legatorum à substituto datorum cedit*; vt scilicet pro cedat, quando substitutus pupillaris est etiam hæres patris: quo casu, necessarius fit hæres pupilli & quodam iure accrescendi ei deuoluitur pupillaris hæreditas, quamuis viuo pupillo decedat: & ita nihil mirum, quod in his terminis prędictorū legatorum dies cedat à morte patris: nam mortuo impubere, retro coniungitur hæreditas pupillaris hæreditati paternæ, & vna ex tunc esse censetur (quod concipi nequit, nisi respectu unius eiusdemque hæredis, aliàs non diceretur accrescere, vt supra manifeste ostendimus, & satis innuit d. l. 1. dum ad solam mortem patris respicit) exindeque hæres consideratur, qui eandem agnouisse intelligitur, argumento l. hęres quandoque, ff. de acquir. hæred.

64 Vnde apparet lapsum † subtilissimum Costam, in cap. si pater, 3. parte, verbo, de filio ad filiam, n. 23. dum generaliter inquit legatorum vel fideicommiss. à substituto pupillari datorum mortuo patre, diem cedere quamuis viuo pupillo legatarius, seu fideicommissarius mortuus esset, & substitutus non extitisset quoque hæres patri. Insuper dicebat, d. vers. tractari, etiam habere locum in fideicommisso pupillari relicto à legitimis pupilli hęredibus.

Et quoad primum, manifeste fallitur: quia nisi substitutus pupilli, esset hæres patris iam demortui, non cederet dies legati, siue fideicommissi, uiuo pupillo, sicut regulare est in qualibet alia hæreditate: nam iuris dispositio, quę mortuo patre dicit cedere diem legatorū à substituto pupillari datorum, procedit ex necessario quodam iure accrescendi, quo hæreditas pupillaris cōiungitur paternę, vt late probauimus: & ita sola mors patris, sicut & eius hæreditas, ut principalis, consideratur.

65 Id vero, quod addit Costa, à vers. tractari, etiam † habere locum in fideicommisso pupillari ab intestato, inciuile equidem est: nam pupillo intestato decedente, ille ei legitimus hæres erit, qui tunc temporis proximus est, §. proximus, Inst. de legitima agnat. success. quia in his terminis, omninò diuersa, ac separata est hæreditas pupillaris à paterna: nec enim tunc pupillaris hæreditas coniungitur paternæ, vt ille, qui fuit legitimus hęres patris, fit etiam necessariò legitimus filij impuberis; quod probatur a cessante ratione d. l. qui patri, ff. de acquir. hæred. Vnde deficiente speciali ratione, ob quā pupillaris hæred. paternæ iungebatur, succedit regula vulgaris, quod mortuo legatario, vel fideicommiss. in vita testatoris, nihil transmittitur ad eius hered. Quod adhuc intelligo, quamuis pater sibi condidisset testamentum, & legitimorum impuberis hæredū fideicōmisserit, qui tunc erāt proximi ab intestato, & quos sibi hæredes nominatim scripsit: nam etiā in his terminis hered. pupill. separata est, nec accrescit paternę: cessat .n. ratio d. l. qui

N 3 patri,

patri, cum ius accrescendi non habeat locum in successione difformi (qualis est testati,& intestati, l. ius nostrũ, ff. de regul. iuris) probat l. sed cum patrono, 6. vbi notat glos. verbo, ceteri, ad finem, ff. de bonorum poss. Ioannes Imola, qui plures refert, in l. 1. §. si ex fundo, num. 138. ff. de hæred. instit. quod est nimis vulgare. Vnde sicut dicti legitimi hæredes decedentes viuo pupillo, pupillarem hæreditatem non transmittunt, tum, quia statim defertur sequentibus legitimis, l. 1. §. illud certe, ff. de legatis 3. tum etiam, quia non adita, non transmittitur, vt probauimus: ita fideicommissarij viuo pupillo decedentes, nil transmittent ad suos hæredes: quia tunc non tam agitur de dilata aditione hæredis, quam de incerta validitate legati, cum interim irritari possit, ex d. §. illud certe, & vt generalius dicam, quia viuo testatore, legati, aut fideicommissi dies non cedit, l. vnica, §. cum igitur, ad finem, C. de caduc. tollend.

66 Tandem † principaliter colligitur decidendi ratio ad tex. difficilem in l. 2. §. illud potest quæri, ff. de hæred. vel act. vend. ibi: *Plane si actum sit, dicendum erit, etiam impuberis hæreditatem in venditionem venire, maximè, si iam delata impuberis hæreditate, venierit hæreditas*, &c. vbi inuoluitur casus, quo delata non est impuberis hæreditas, videlicet, quia pupillus nondũ decesserat; & ita innuit vendi posse hæreditatem viuentis, contra regulam l. 1. ff. eodem tit.

Qua obiectione oppressus Accurt. d. verbo, maximè, putauit in primis delendum esse illud verbum (*maximè*): & tunc decidere l. c. vendi posse hæreditatem pupilli, si iam delata est; quem sensum valere iubeo, cum sit contra omnium codicum fidem; immò, nec in ipso quieuit Accurt.

Alij interpretantur casum implicitum de non delata hæreditate, esse intelligendum de non delata, non quidem propter vitam impuberis, sed propter alicuius conditionis adiectionem, vel quid simile, quod etiam mortuo impubere, delationem hæreditatis impediret, iuxta regulam l. is qui hæres, 13. ff. de acquir. hæred. & quæ notat glos. magistra, in l. is potest, ff. eodem tit. Verum & hic sensus abire debet: tum, quia dictio (*maximè*) implicat casum magis dubium; at si conditio dumtaxat impediret delationem hæreditatis pupillaris, magis dubius non erat; cum spes vendatur, & futurus euentus, l. nec emptio, 8. ff. de contrahend. empt. l. si iactum, ff. de act. empt. tum etiam ex vero sensu, qui statim assignabitur.

Vnde glos. d. verbo, maximè, tandem quiescit, vt † vendi possit hæreditas pupilli adhuc viuit, cum hæreditate paterna, quam hæres

67

venditor iam adierat, vt patet ex text. ibi: *Maximè, si iam delata impuberis hæreditate, hæreditas venierit*, scilicet, paterna, idque intelligit glos. procedere accessionis vice, argumento l. in modicis, ff. de contrah. empt. vbi aliàs invendibilia ratione accessionis aliquando vẽduntur, & l. patris & filij, ff. de vulgari, & certè, glossa (quæ veritatem attigit) probare id posset ex d. l. qui patri, ff. de acquir. hæred. vbi, quando vnus, & idem est hæres patris, & filij, hereditas pupillaris coniungitur paternæ, & ratione iuris accrescendi, etiam viuo pupillo transmittitur, vt supra probauimus: non minus autem secundum seueritatem iuris, improbata erat hæreditatis viuentis transmissio, quam venditio. Mortuo itaque pupillo, eius hæreditas iũgitur paternæ, & à tempore mortis paternæ, iure accrescendi quæsita censetur: vnde quasi ex tunc purè delata in venditionẽ venire potest, si postea impubes decedat. Id, quod dico cum glos. vendi posse pupillarem hæreditatem viuo pupillo, accessionis vice: intelligo, vt ostendam, vnum, & eumdem esse debere substitutum, & hæredem patris, cui quandocunque mortuo pupillo accedit eius hæreditas: non vero, quod requiratur, vt simul vtraque veneat: nam pupillaris per se vendi potest viuo impubere, si substitutus venditor, patris etiam hæres est, & id innuit d. §. illud, dum dicit, aliam esse hæreditatem, & requirere specialem conuentionem, vt in venditionẽ veniat: nec maius incommodum considerari potest in seorsim, quam in coniunctim vendita pupillari hæreditate.

68 Nec iam † obstabit d. l. 1. ff. de hæred. vel act. vend. quia loquitur de hæreditate viuentis, quæ tunc esse, ac competere incipit, cum naturaliter testator moritur; quia ante nec verè, nec fictè quæsita dici potest. At pupillaris, cum impubes decedit, retro ante quæsita creditur, quasi exinde agnita, & accrescens, vt constat ex supra dictis.

Regrediẽdo igitur, vnde deflexiumus, supra 69 posita † resolutio, quæ denegat omissionem pupillaris hæreditatis, quando idem hæres agnouit paternam: non procedit in fratre substituto, qui vt suus, & necessarius hæres potest abstinere pupillari hæreditate, & retinere paternam; sicut è conuerso, potest amplecti pupillarem, & abstinere paterna, l. filius, qui se paterna, ff. de acquir. hæred. vt supra explicauimus; & satis innuit d. l. quidam elogio, 20. C. de iure delib. ibi: *Et quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit*; & ibidem sentit glossa scholio vlt. ad finem, & verbo, pretermittere, in d. l. qui patri, ff. de acquir. hæred. Alex. in d. l. quidam elogio, nu. 4. vbi Iaf. nu. 3.

Qui-

70 Quinimmo, sicut † diximus posse fratrē cohæredem, & substitutū fratri impuberi, omissa hæreditate paterna sibi delata, & separata ea insuper portione eiusdem hæreditatis paternæ, quæ per fratrem impuberem ipsi iterum deferebatur, sola pupillaria bona amplecti, iuxta l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, vt supra latissimè interpretati sumus; ita è contra, poteri amplecti solam paternam, tam portionē, quæ ipsi principaliter defertur, quam quæ per pupillum deferebatur, cui substituitur; ita vt separatio fiat in hæreditate pupillari, ad effectum, vt ipsa omittatur, acquiratur vero paterna portio ipso iure immixta: si eius si fuerit agnita à pupillo, vt supra notauimus; tunc enim vnicum, & inseparabile patrimonium effectum est.

71 Ex quibus, vltra † speciales casus, argumentum negatiuū indistinctè valet; videlicet, qui non potest omittere paternam, & amplecti pupillarem hæreditatem, non poterit etiam omittere pupillarem, & amplecti paternam vt patet ex dictis.

72 Non valet † tamen affirmatiuum, v.g. potest omittere paternam, & amplecti pupillarem, ergo poterit omittere pupillarem, & amplecti paternam. Hoc enim non sequitur: nā antecedens potest esse verum, iuxta l. quæsitum, 40. ad finem, ff. de acquir. hæred. consequentia verò est manifestè falsa, ex d. l. qui patri, ff. eodem tit. d. l. quidam elogio.

Quod intelligimus, quando vtrobique datur disparitas terminorum, v.g. si in testamento paterno institutus habeat cohæredem, cuius aditione iudicium patris sustineatur, d. l. quæsitum; non ita in pupillari. Alioquin si pares terminos aptauerimus in pupillari substitutione, & paterno testamento, tunc valebit etiam argumentum affirmatiuum, videlicet, qui potest omittere paternam, & amplecti pupillarem, poterit omittere pupillarem, & amplecti paternam, si nimirum habeat cohæredem in pupillari testamento, sicut habebat in paterno, iuxta d. l. quæsitum.

73 Nec tunc † obstabit d. l. quidam elogio, & d. l. qui patri, vbi generaliter deciditur, ne agnita hæreditate paterna, pupillaris omittatur: quia hoc debet intelligi, quando aliter non fuerit prouisum à testatore, per dationem scilicet cohæredis: in hoc enim casu, ei quodammodo permisit testator repudiare pupillarem: quod manifestè comprobatur ex d. l. quæsitum, ad finem, & l. ita tamen, §. qui suspectam, ad finem, ff. ad S. c. Trebell. vbi, qui cohæredem habet, omittendo hæreditatem non dicitur contraire voluntati defuncti, ne adhuc ex illa aliquid capiat: quia scilicet prædicta omissio ei videtur permissa, & deinde suadetur ex ratione, qua mouebatur communis sententia, quæ dicit, datione cohæredis extranei tolli suitatem, ac necessitatem in filio suo hærede; quasi pater, qui dat cohæredem, permittat filio instituto liberam omittendi facultatem. Quam sententiam hocce fundamēto tenuit Bart. in d. l. si filius, qui patri, ff. de vulgari, nu. 4. vbi Socin. nu. 20. Alex. nu. 11. idem Alex. in l. apud Iulianum, §. idem Iulianus, nu. 4. ff. ad S. c. Trebell. vbi Claudius, col. 1. Costa Lusitanus, in cap. si pater, 2. parte, verbo, subsequenter, & filia. nu. 1. Quam tamen sententiam reprobat (nec ego etiam nūc probo) Lusitanus Caldas, in repet. l. si curatorē, verbo, sine curatore, nu. 45. C. de in integr. restit. minor. vbi refert Corneum, Alciat. Mēcham, sibi assentientes. Fundamentum tamen prædictę communis, quod simpliciter nō damnat relatus Caldas, probat, quod qui dat cohæredem, quodammodo permittit omittere; quod vt dixi, efficacissimè probatur ex d. l. quæsitum, ff. de acquir. hæred. & d. l. ita tamen, §. qui suspectam, ad finem, ff. ad Trebell.

74 Ex quibus † tandem colliges, per d. l. quidam elogio, C. de iure deliber. non emendari l. quęsitum, ff. de acquir. hęred. cum similibus, quamuis aliqui id opinarentur, vt refert glos. vlt. in princip. in d. l. quidam, tum, quia d. l. quidam, venit ad confirmandam Neratij sententiam, de qua in d. l. qui patri, ff. de acquir. hæred. nam Imp. non nouam quæstionem excitauit, sed iam excitatam à iuris prudentibus, sanctione firmauit, pro ea parte, quæ conformis est d. l. qui patri, sicut aliàs fecit in l. vlt. C. de donat. caus. mortis. vbi constituit donationes causa mortis iure legatorum censendas; cum iam à plurimis I. c. ita decisum extaret, vt patet ex Iul. Paulo, in l. omnibus, l. Marcellus, vers. vlt. l. & si debitor, ad finē, ff. de donat. causa mortis. ex Vlp. in l. illud, ff. eodem tit. tum etiam, quia per subauditos sensus, leges nec corriguntur, nec censentur correctæ, l. præcipimus, vers. vlt. C. de appellationibus.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & concordia Papiniani in l. vlt. in princip. vers. vlt. ff. de vsucap. & Marciani in l. si quisquam, 7. ff de diuers. & temp. à nu. 1. per tot. & præcipuè à nu. 10.

Referuntur, & obiter reprobantur Doctores, qui nixi sunt conciliare prædicta iura. d. nu. 1.

Refertur Roberti, & aliorum coloratio, ac receptior conciliatio, & reprobatur. nu. 2.

Ius piscandi omnibus commune est. ibidem.

Litorum, & riparum vsus publicus est. nu. 3.

Qui

CAPVT XIIII.

Concordia inter Papin. in l. vlt. in princip. vers. vlt. ff. de vsucap. & Marcian. in l. si quisquam, 7. ff. de diuers. & temporal. præscript.

1 Cribit Papin. *Vel † si quis, quod in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit: alterum eodem iure vti prohibeat*; iuncto initio, ibi: *Præscriptio longæ possessionis ad loca iuris gentium publica obtinenda concedi non solet*; &c. ex quo infert, in d. vers. vel si quis, non posse alterum prohiberi, ne eodem iure piscandi vtatur.

E contra Marcianus, in d. l. si quisquam, ff. de diuers. & temp. dum inquit: *Si quisquam in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem iure vti prohibet.* Varios conciliandi modos profert glos. verbo, datam, ad finem, in d. l. vlt. & verbo, prohibet, in d. l. si quisquam, quos prosequuntur ordinarij interpretes; sed omnes omninò diuinant, vt intuenti facile patebit. Plures concordias videre licet per relatos sub Hispano Pichardo, in §. flumina, nu. vlt. Inst. de rerum diuisione, vbi etiam notant ordinarij: & fatentur omnes implacabilem quodammodo antynomiam.

2 Inter quas † conciliationes illa coloratior apparebat, quam tradit Robert. lib. 1. recept. lection. cap 17. & sequitur Pichardo vbi supra, vt scilicet d. l. vlt. in princip. vers. vlt. ff. de vsucap. procedat, quando quis vult vsucapere loca publica, & ita quoad proprietatem, seu dominium, vt patet ibi: *Ad obtinenda ea loca*, &c. At d. l. si quisquam, procedat tantum quoad ius piscandi præscribendum: vt inde oriatur exceptio, mediante qua præscribens repellere

pellere possit alio eodem iure vti volentes.

Verum hæc conciliatio nequaquam placet, in primis, quia inuoluit absurdum quid, & ineptum; dum intelligit d. l. si quisquam, in iure tantum piscandi, absque aliquo respectu ad locum publicum: Etenim si respectus non habeatur ad locum, quomodo potest considerari præscriptio iuris piscandi, quod omnibus commune est, l. nemo, ff. de rerum diuis. l. iniuriarum, 13. §. vlt. ff. de iniurijs. Præsertim, cum per talem præscriptionem non impediatur tunc ius alterius in eodem loco piscari volentis, si in loco ius aliquod non praeacquiratur. Accedit, quia d. l. si quisquam, non inquit, alterum prohiberi posse à iure piscandi simpliciter, sed a iure piscandi in fluminis publici diuerticulo. Tandem, d. l. vlt. vers. vlt. per totidem verba id videtur negare, quod Marcianus concedit in d. l. si quisquam; vnde verba aucupanda non sunt, sed verus sensus eruendus secundum iuris principia.

3 Pro conciliatione † aduerte Primò, quòd licet litorum, & riparum vsus publicus sit, & cuius is communis, vt probant I.C. Marcianus, & Caius, in l. nemo, & l. riparum, ff. de rerum diuis. potest tamen quis, nisi impediatur, inibi ædificare: & interim dum durat ædificium, area inædificata ipsius tantum censetur, vt probat Marcianus in l. in tantum, 6. ff. de rerum diuis. ibi: *In tantum, vt & soli domini constituantur qui ibi ædificant: sed quamdiu ædificium manet,* &c. Ex quo resultat specialis casus, vbi solum cedit ædificio: cum regula è cōuerso ponatur à I.C. in l. adeo, §. cum in suo, ff. de acquir. rerum domin. §. cum in suo, Inst. de rerum diuis. notat glos. 1. in d. l. in tantum, & sequuntur ibi omnes, & verb. ædificatur, ad finem, in d. §. cum in suo. vbi rationem reddit Portius nu. 3. ante finem, & reliqui interpretes sequuntur; quasi scilicet prædictus effectus magis ab occupatione, quam inædificatione resultet. Cum igitur quādiu durat ædificium, ædificans sit quodammodo dominus loci aliàs publici, sequebatur posse repellere quemuis vti volentem loco inædificato.

4 Quæ Marciani † sententia relata in d. l. in tantum, apud omnes constitutissima fuit: & ideo in varias species ex paritate rationis deriuanda videbatur; & notabiliter idem Marcianus protraxit ad casum d. l. si quisquam, vt cōiectari licet ex epygraphe d. l. in tantum, & d. l. si quisquam, vtrobiq; enim adest Marcianus, lib. 3. Institutionem, vt non solum quis per inædificationem loci aliàs publici, quasi per occupationem possit impedire communionem de iure gentium inductam, sed etiam per continuationem piscandi, si videlicet in certo fluminis publici diuerticulo per plures annos solus fuerit piscatus; de quo Cassaneus in consuetud. Burgend. Rubr. 13. §. 2. in princip. num. 13. Cępola, in tract. de seruit. in tit. de piscatione. Ea vtrumque casum interueniente differentia, quod ædificatione semel perfecta statim arcebantur reliqui ab eodem loco; quia iam tunc dabatur completa occupatio: at per piscationem, opus erat vt quis solus, & pluribus annis piscaretur, vt inquit d. l. si quisquā, aliter enim simplex piscatio non erat potens ad tale ius producendum, cum nemo in breui temporis spatio ita continenter piscari possit, vt locus ille semper occuparetur, quin aliquando vacaret communi vsui, & ita sentit glos. 1. ibi: *Per longam consuetudinem.* in l. sane, 14. ff. de iniurijs, data tamen vtrobique conueniente occupatione, pro qualitate vsus, nulla tunc reperietur differentia.

5 Vnde † obiter colliges qua mente dixerit Vlp. in l. iniuriarum, 13. §. vlt. ff. de iniurijs, eum iniuriarum teneri, qui alterum piscari prohibet ante ædes suas, vel prætorium, ratione scilicet proximi ędificij, vt patet ibi: *Vsurpatum tamen & hoc est, tametsi nullo iure, vt quis prohiberi possit ante ædes meas, vel prætorium meū piscari;* &c. quasi velint proximorum mari ędificiorum domini ratione proximitatis, ad inędificationis instar, prohibere piscantes ante tales ædes, vel prætorium. Quod quidem merito dicit vsurpatum, hoc est, inique assumptū, vt ibidem notat glos. verb. vsurpatum, vel interruptum à communione: vsurpare enim significat sibi rumpere, siue interrumpere, iuxta Rubric. ff. de vsucap. & vsurpationibus & latè explicant verborum iuris compilatores, vt videre est per Brissonium, verbo, vsurpare, & constat ex l. 2. ff. de vsucap. vbi Cuiac. Dicit igitur Vlp. tale quid esse vsurpatum, id est, inique raptum à publica communione, in qua erat, nec enim proximitas ædificij tantūdem operatur, quantum ipsa impositio, & inædificatio, quæ verè locum occupat: proximitas verò secundum se, nullam occupationis speciē præsefert. Si tamen vltra proximitatem ædificij, præcessisset eiusdem solius pluribus annis continua piscatio (quæ sola sufficit) sine dubio, iustè alios eodem iure vti prohiberet, d. l. si quisquam, vt supra exposuimus.

6 Deinde † principaliter aduerte, quod per inædificationem loci aliàs publici, non tollitur omninò communio iuris gentium respectu eiusdem loci; sed potius quamdiu durat ædificium, & occupatio, vsus communis suspenditur: ita vt vbi primum illud ædificium corruerit, statim quasi iure postliminij reuertatur locus in pristinam causam, id est, ad communē vsum, d. l. in tantum, ibi: *Alioquin ædificio dilapso, quasi iure postliminij reuertitur locus in pristinam*

stinam causam; & si alius in eodem loco ædificauerit, eius fiat. Ratio colligitur ex dictis: quia cum ædificium superimpositum occupationis vice aream alias communem in vtilitatem singulorum restringat; dilapso ædificio, vtpote occupatione cessante, reuertetur res ad antiquam causam: vtilitas namque priuatorum in fieri, & conseruari pendebat ab illa occupatione.

7 Quod amplia, licet † ędificium nō corruat, aut deponatur, sed adhuc impositum derelinquatur: derelictum enim sequitur communē naturam soli, cui inædificatum est, & primo occupanti conceditur, vt probat d.l. vlt. ff. de vsucap. ibi: *Aut dereliquerat*, &c. quidquid perperam interpretetur glos. ibidem, verbo, aut, & Cuiac. ibidem, expungendum putet. Et ratio est in promptu: quia cum ædificium sola ratione occupationis, interim ex publica priuatam efficiat soli causam, vt supra aduertimus, & occupatio tamdiu consideretur in dictis terminis, quamdiu verè, vel interpretatiuè durat intentio occupantis; ædificioque derelicto mens occupātis ab occupatione recedat; nihil mirum, quod iterum idem locus primo occupanti pateat, & ædificium; conditio enim soli semper intendit ad se superficiem trahere, §. cum in suo, Inst. de rerum diuis. & quod hæc fuerit mens Papin. in d.l. vlt. in relatis verbis, satis liquet: nam alioquin, si ædificium dilapsum dominus dereliquisset, non solum tex. carebat dubitandi ratione, quinimmo inuoluebat sensum absurdum, videlicet, quod si vltra ruinam impositi ædificij, requireretur eiusdem desertio; sequeretur adhuc ab eo loco iā reuerso ad pristinam communis vsus causam, per antiquum ædificatorem repelli posse alios eodem vti volentes; quod neutiquam patitur d.l. in tantum, ff. de rerum diuis.

8 Quando autem † dicimus (*derelictum:*) non intelligimus secundum tit. pro derelicto, tunc enim non ex natura loci publici, iuncta interpretatione iuris, de qua d. l. in tantum, sed ex alio capite occupāti concederetur, iuxta l. 1. ff. pro derelicto, præsertim, quia alias careret dubitandi ratione, d.l. vlt. ibi: *Datam exceptionem opponat*; &c. Si enim quis rem habuisset pro derelicto, qua fronte exceptionem rei pro priæ postea opponere posset? Vnde dicendum est, id procedere, vel, quando ædificator noluit simpliciter possidere, quo casu amittitur possessio, & occupatio, quin res habeatur pro derelicto, l. si quis vi, §. differentia, ff. de acquir. possess. ibi: *Possessio autem recedit, vt quisque constituit nolle possidere*, &c. Aut, quando per aliquod continuum tempus deseruit habitationem illam; quo casu collectis circumstantijs præsumitur animus non occupandi prædictū locum publicum; Et quamuis postea idem antiquus ædificator egrediatur, vt pristinam occupationem denuo prosequatur, frustra opponit antiquam exceptionem: quia occupanti tantummodo competit, non vera ratione alicuius dominij quæsiti in loco publico, vt satis innuit præfatio d. l. vlt. ibi: *Præscriptio longa possessionis ad loca iuris gentium publica obtinenda concedi non solet*; &c. cui inter alios casus subdit eum, quo quis derelinquit locum publicum, & postea ratione longæ possessionis quasi vsucaptum auocare intendebat à nouo occupatore, quod tamen denegatur.

9 Ad similitudinem † autem ædificij in loco publico exstructi, & postea dilapsi, aut derelicti, (quibus terminis locus in pristinam causam redit) etiam dicendum erat in loco publico præoccupato per eum, qui pluribus annis ibidem piscatus fuerat, ne scilicet iure semel quæsito in perpetuum recessisset locus ille à communione, cum tamen ex dictis constet, per dictam continuam possessionem piscandi in certo fluminis, aut maris loco, seu diuerticulo, non acquiri ius simpliciter priuatum, sed suspensiuum iuris gentium, quod locum publicum efficiebat, & semper intendit illum restituere suæ naturæ; Vnde, qui per continuam piscandi consuetudinem quoddam interim priuatum ius quæsiuerat, iuxta d. l. si quisquā, & l. sane, 14. ff. de iniurijs, per desuetudinem (vel quia locum dereliquit, vel quia piscari desijt) illud idem amittit, & locus reuertitur ad pristinam causam; & ita temporalis interim, & non perpetua manet præscriptio, vt suadet Rubrica, ff. de diuersis, & temporalibus præscriptionibus, sub qua collocatur d. l. si quisquam, cui iunge Rubricam, & princip. Inst. de perpetuis, & temporalibus act.

10 Ex quibus hucusq; repetitis, manifesta † colligitur conciliatio ad præfata iura: nam Papin. in d. l. vlt. ff. de vsucap. solum intendit ostendere continuam possessionē, & occupationem loci publici non proficere ad constituendum ius dominij priuati, ac perpetui in eodem loco, secundum naturam vsucapionis, l. 3. ff. de vsucap. à qua regula exorditur: & vt id palam demonstraret, subijcit in templa, nō quidem quamdiu locus publicus occupatus est (tunc enim ratione occupationis, quasi priuatus erat, iuxta d. l. in tantum, ff. de rerum diuis.) sed postquam desijt occupari ab vno, & ab altero incepit, in hos enim terminos recte cadit quæstio vsucapionis, quæ non ratione actualis insistentiæ, & occupationis, sed iuris antea quasi quæsiti intenditur; vt eleganter innuit Papin. in d. l. vlt. ibi: *Quod ita procedit, si quis ædificio funditus diruto*; &c. & ibi tradit glossa, verbo, quod. Secundum quæ suppo-

supponit Papinian quod licet per inædificationem, vel continuam piscationem locus aliàs publicus,ad causam,& vtilitatem priuatam redigi videretur, iuxta d. l. in tantum, & supradicta: attamen (& hoc exprimit) si ædificium illud corruat,aut deseratur,locus redit ad pristinam causam,& vsum communem: nec tūc poterit antiquus occupator iuuari longa possessione ad obtinenda loca iurisgentium publica, quasi vsucepisset: nam præfata loca omnē omninò respuunt præscriptionem, solamque patiuntur occupationem,occupatio autem in loco publico(quamdiu durat)solum importat ius repellendi alios ab eodem vsu, non tamen dominium adijcit, d. l. in tantum. Nec obstat, quod multa per solam occupationem nostra fiunt,§. feræ,cum seqq. Inst. de rerum diuis. nam loquitur de occupatione rerum, quæ suaptè natura singulis vt singulis natura destinantur, vt patet ex §. singulorum, cum seqq. iuncto princip. Inst. eodem tit. & ex l. 1. vers. vlt. cum ll. seqq.ff. de acquir. rerū domin. Quę igitur nullius in bonis suis, & singulis destinantur, occupantis pleno iure fiunt: at locus publicus non destinatur singulis, vt singulis, sed in communi. ergo, &c.

11 Cum igitur † loca publica dominio priuatorum non subdantur,sed solam recipiant occupationem, ea cessante perinde censentur,ac si nunquam occupata fuissent, d.l. in tantum, ibi: *Aedificio dilapso,quasi iure postliminy reuerti tur locus in pristinam causam*; &c. constat autē iure postliminij ita seruitutem demi, ac si incursa non esset, §. si ab hostibus, Inst. quibus modis ius patriæ potest. elegans text. qui prædicta phrasi vtitur, in l. penult. §. pater, vers. quod si intestatus, ff. de castr. peculio, si ergo quasi libera ab omni occupatione retro censentur, quæ præscriptio considerari poterit?

12 Et prosequendo † Papin. suam mentem in terminis desertæ occupationis, (in quibus tantum quęstionem procedere supra ostendimus) tandem subnectit, vers. vel si quis, vbi secundum præcedentia inquit, quod licet quis per continuam piscationem,ius aliquod quærat in loco publico,sicut per inædificationem, iuxta Marciani sententiam,in d.l. in tantum, ff. de rerum diuis. & in d.l.si quisquam,ff.de diuers. & tempor. tamen, qui solus pluribus annis piscatus fuerat,piscandi consuetudinem, aut locum deserat, iuxta supradicta, & alium ibidē piscantem postea regrediens inueniat, eundē repellere non poterit; quia scilicet locus ille reuersus est ad pristinā causam; nec iuuari poterit antiqua exceptione, quod solus pluribus annis piscatus olim fuerit, quasi longa illa possessione piscandi in illo loco, ius aliquod priuatum, ac perpetuum quæsiuisset, quod denegatur.

Et quod hæc fuerit excellentissimi Papin. mens,ostendit d.vers. vlt. ibi: *Vel si quis, quod in fluminis publici diuerticulo solus pluribus annis piscatus sit*; &c. quasi dicat,sicut in præcedentibus exemplis antiqua inędificatio loci publici per longum tempus non præstitit vsucapiēdi conditionem, in loco publico, ad effectum, vt diruto ædificio, area maneret in dominio, aut vsu priuato: ita continua piscandi consuetudo in fluminis publici diuerticulo (si deserta fuerit, vt diximus) nullum in persona antiqui piscatoris ius relinquit prohibendi alios eodē iure vti, quamuis maximè clamet,quod in illo eodem loco solus pluribus annis retro piscatus sit. Ex quo tacite infert,non mansisse vsucaptum, vt ostendere intendebat: nam dum occupatus erat, inutiliter controuerteretur de vsucapione; cum ratione occupationis prohiberi posset alter, qui eodem iure vti velit, iuxta d. l. in tantum,d.l. si quisquam, & l. sane, 14. ff. de iniurijs; & insuper Pap. in toto contextu d. l. vlt. in omnibus exemplis loquitur de occupatione sublata; vnde perperam subnecteret quæstionem de loco publico per continuam piscationem occupato.

13 Deinde principaliter † colligitur Papin. in d. l. vlt. & Marcian. in d. l. si quisquam, tantum abesse, vt discordent, quod immò maximè conueniant: nam Marcianus in d.l.si quisquam,totus est in ampliando regulam, quam ipse tradiderat in d. l. in tantum, ff. de rerum diuis. vt videlicet non solum per ædificationē suspendatur communio loci aliàs de iure gentium publici; sed etiam per continuam pluribus annis piscationem ab vno tantum, & in certo loco exercitam, & Marcianum in vtroque exemplo sequitur Papin. in d. l. vlt. dum, vt ostendat loca publica vsucapi non posse, id primò exemplificat in loco publico inædificato, & ædificio postea dilapso; resoluitque locum illum denuo cuilibet occupāti patere,nulla præscriptionis exceptione, vel qualibet alia competitura antiquo ædificatori, apertè innuens,medio tempore, quo ædificiū extabat, ædificatori ratione occupationis sine dubio exceptionem competijsse, iuxta d.l. in tantum, & satis colligitur ex d.l. vlt. ibi: *Datam exceptionem opponat*; vbi quærit, an olim data exceptio,dum ædificium extabat non derelictū, adhuc competat? sic manifestè innuens durante ædificio, ius ædificatori esse excipiendi, & prohibendi alios eodem loco vti. Id autem, quod de ædificio nondum diruto supponebat, protendit ad continuatam solius pluribus annis piscationem in certo fluminis publici loco, vt scilicet, dum interrupta manet, ius prohibendi

hibendi pariat, iuxta d. l. si quisquam; deserta verò quomodocũque piscatione, iam amplius non competat facultas alios eodem iure prohibendi. Et ita clarè supponit, (vt omnia exempla regulæ subiecta pariter procedant) quod sicut dum ædificium stat, vel non derelinquitur, locus alias publicus in adumbrata quadã priuati causa manet; ædificio verò dilapso, vel derelicto, reuertitur ad pristinã causam: quia vsucapio in his terminis nihil operatur; & insimul occupatio cessauit. Ita continua ac longa solius piscatio in loco publico, dum non interrumpitur, quoddam quasi priuatum ius parit alios eodem iure prohibendi; deserta verò, locus redit ad pristinam causam, cessatque dictum ius prohibendi.

14 Secundum quæ apparet † incuria compilatorum aliquatenus mutilam esse, ac laceratam Papiniani decisionem, in d. vers. vlt. nam quẽadmodum in exemplo ædificij, meminit ruinæ, vel desertionis, vt ostenderet locum alias publicum non mansisse vsucaptum; ita etiam in exemplo de iure piscandi in fluminis publici diuerticulo pluribus annis, in eundem dictũ finem meminisse oportebat desertionis piscandi. Aliqualiter tamen id insinuat d. vers. vlt. ibi: *Quod in fluminis publici diuerticulo solus pluribus anni piscatus sit.* &c. vbi Papinian. partis allegationem adducit, quę in eo nitebatur, quod quamuis aliquo tempore deseruisset piscationem, attamen retro pluribus annis solus piscatus fuerat; quod videbatur sufficere ad præscriptionem inducendam. Qua allegatione non obstante, contrarium resoluit, videlicet, quod deserta consuetudine piscandi, qua solus quis in certo loco vsus fuerat, perinde est, quoad tempus præsertim, ac si piscatus nõ esset: quia interrupta occupatione loci alias publici, iterum suscitabatur communi vsus, ac si nunquam impeditus esset, iuxta supradicta. Vnde Papin. satis ostendit, se in d. vers. vlt. loqui de eo, qui solus pluribus annis in fluminis publici diuerticulo piscatus fuerat, sed tempore, quo alium eodem iure vti prohibebat, prædictam consuetudinem interruperat; At Marcianus, in d. l. si quisquam, loquitur de eo, qui solus continuo exercitam piscationem in eodem loco non interrupit.

15 Maneat † igitur, quod si quis solus pluribus annis in aliquo fluminis publici loco piscatus sit, quãdiu non desuescit piscari in eo loco (quod aliũde colligetur) acquirit sibi ius quoddam priuatum alios eodem iure vti prohibendi, tamquam si dominus esset, iuxta d. l. in tantum, & ita procedit d. l. si quisquam.

16 Si tamen † locum illum certũ derelinquat, vel piscari desinat, non poterit postea reuertẽs reliquos prohibere ne piscentur: quia licet interim dum non interruperat piscandi consuetudinem, dictum ius quæsiuisset; illud tamen non erat plenarium, & irreuocabile, quale oritur ex præscriptione; sed potius imperfectũ, & meræ occupationis, quod oritur ex suspensione quadam violenta iuris gentium, quod loca illa publica efficit, & in talem communionem, quantum potest, reuocat. Et ita procedit d.l. vlt. in princip. vers. vlt. & ita hanc conciliationem tetigit glossa, vers. prohibet, in d.l. si quisquam, & verbo, datam, cuius verba sine longa interpretatione, casu, & diuinatiuè posita videbantur; eamdem etiam aliquanto latius inueni apud Cuiac. in præsenti, quem nõdum videram, cum suprapositam interpretationem indagaueram, sed & Cuiuac. altiori indigebat expositione.

17 Vnde Primò † infertur intellectus ad Vlp. in l. iniuriarum, 13. §. si quis me, &c. ff. de iniurijs, ibi: *Si quis me prohibeat, in mari piscari; vel in diuerticulum;* &c. vbi resoluit, iniuriarum agi posse contra prohibentem piscari in loco omnibus communi; nam debet intelligi, nisi prohibens ius prohibendi quæsiuisset, quod videlicet, solus pluribus annis piscatus fuerit in eodem loco, vel similiter occupauerit, & ita interpretatur glos. verbo, prohibet, in d. l. si quisquam, ff. de diuers. & temp.

18 Deinde infertur † intellectus ad Iul. Paul. in l. sanè, 14. ff. de iniurijs, ibi: *Si maris ius ad aliquem pertineat: vti possidetis, interdictum ei competit, si prohibentur ius suum exercere;* &c. Nam intelligi debet ius maris quæsitum longa alicuius exercitij consuetudine, quæ vice occupationis sit, argumento d.l. si quisquam, & ex sententia Azonis notat glos. 1. in d.l. sanè, & ita text. ille est ampliatiuus d. l. si quisquam, vt scilicet, non solum quis possit prohibere alios eodem iure vti volentes, iuxta d. l. si quisquam, quinimmo contra turbantes interdictum vti possidetis, competat. Cum tamen tale ius quæsitum sit per cõtinuum vnius solius pluribus annis vsum, sic suspensa communione maris, quod de iure gentium omnibus patebat, iuxta d. l. in tantum, ff. de rerum diuis. iuncta l. quædam, cum ll. seqq. supra eodem tit. d. l. iniuriarum, §. vlt. ibi: *Et quidem mare commune omnium est, & litora, sicut est aer.* &c. §. 1. Inst. de rerum diuis. si talis vsus, & occupatio ab exercente, vel occupante, desertus, desertaue fuerit: quamuis postea regredi malit; iam nec præscriptione vti poterit, nec antiqua exceptione, d. l. vlt. ff. de vsucap. d. l. in tantum, nec aliquo interdicto siue recuperandæ, siue retinendæ: cum cessante occupatione præcedens qualisqualis possessio extincta sit, & ius inde resultans, ac consequenter, tunc non habebit locum d.l. sanè.

Tandem

19 Tandem † infertur confirmatio ad eam sententiam, quæ tuetur Serenissimo Reges Lusitaniæ, ac Castellæ, posse prohibere commerciandi ius (quod conquistas vocant) in illis regionibus, in quibus ipsorum subditi pluribus annis exercuerunt; id namq; apertissimè confirmat d. l. si quisquam, & clarissimè supponit d. l. sanè, quam opinionem etiam secutus est Lusitanus Senator Cabedo, decis. 195. à n. 1. in 1. tomo, & decis. 47. à princip. in 2. tomo, acriter tamen contrarium defendit Ferdinãd. Menchaca Illustr. quæst. cap. 89. ex num. 30.

20 In quo † tamen obiter aduerterem, prædictum ius non esse præscriptionis respectu litorum, & portuum de iure gẽtium publicorum, sed tantum occupationis, & consequenter solius prohibitionis respectu eorum, qui eodem vti iure velint, iuxta d. l. si quisquam, iuncta l. in tantum, ff. de rerum diuis. & ideo deserta tali occupatione, nullum ius vsucaptum manet, vt manifestè comprobat d. l. vlt. ff. de vsucap.

21 Deinde † aduerte l. mercatores, 4. C. de mercatoribus, & commerc. nihil pro hac parte facere, quidquid dicat Cabedo, decis. 192. n. 2. quia loquitur de commercijs, quæ prohibentur personis subiectis, vt ibidem: *Nullus posthac imperio nostro subiectus, ultra*, &c. nam licet quælibet commercia sint de iure gentium, l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure, attamen ratione subiectionis, & imperij, ob iustam causam, & conseruationem publicæ commoditatis, ac quietis, aliquando prohiberi possunt, sicut euenit in alijs conuentionalibus, quæ ab eodem iure processere. Vnde leges generaliter prohibitiuę commerciorum seruari non debent, nec ligant non subditos commercia exercentes, præsertim cum non subditis, apud quos commerciandi ius occupatione tantum nobis acquisiuimus: nec enim leges non subditos ligãt, vt constat ex ijs, quæ latè tradit Lusitanus Cabedo, decis. 83. à n. 1. tomo 2. Attamen cum illæ leges, quæ in locis publicis concedunt acquisitionem iuris priuati, contra eiusdem turbatores, permittant remedium possessorium, vti possidetis, d. l. sanè, 14. ff. de iniurijs, idq; ratione naturali comparatum sit, ne maneat illusorium ius ex occupatione naturali quæsitum, & ita prædictarum legum vinculum, vtpote naturale, omnes liget, sine dubio permittetur ratione damni iniuria dati, apud turbatores inuenta bona diripere, naues expugnare, ac propellere, l. vt vim, ff. de iust. & iure, l. 1. §. vim vi, ff. de vi, & vi armata, & si turbatores sint alias hostes, captiuitatis iure opprimere, §. item ea, Inst. de rerum diuisione.

22 Ex quibus † obiter intelligenda venit Ord. Lusit. lib. 5. tit. 107. in princip. ibi: *Assi natural destes Regnos, quomo estrangeira*: id est, tam indigena, quam alienigena, &c. vt scilicet, dum cõmerciandi ius in locis publicis quæsitum prohibet alienigenis, intelligatur de alienigena, qui cõmoratur in regno Lusit. & ratione domicilij subditus manet, & legi subiectus; quam Ord. ita ẽt interpretatur Lusit. Senat. Gama, decis. 184. n. 6. & ex supradictis suadetur, quidquid reluctetur Cabedo, d. decis. 195. n. 3. ad finem. Nec contrarium intendit Ord. vbi supra, §. 1. debet enim intelligi secundum iuris dispositionẽ, de qua satis innuit ibi: *E os tragano abom recado com agente delles presos, quomo pessoas, que nos deseruirão* id est, & captu nauigia trahant sub bona custodia, & personas ibidẽ inuentas, quæ nobis deseruierant, &c. verbum autem *deseruire* in illos tantum cadit, qui seruire, & obedire tenentur, ergo de aliquo modo subditis loquitur præfata Ord. de non subiectis verò alienigenis illud statui põt, quod supra de iure cõmuni in ratione naturali fundato prædiximus.

23 Tandem † aduerte, in eadẽ materia per occupationem, v. g. rõne commercij, loca de iure gentium publica non fieri occupantis, vt supra ostendimus: quidquid inaduertentur dicat Cabedo, d. decis. 47. n. 4. in 2. tomo: nã occupatio propriũ dumtaxat efficit in ijs rebus, quę cęlo, mari, terraq; capiũtur, quę in singulorũ, vt singulorũ, vsum natura ipsa applicantur, §. singulorũ, cum §§. seqq. Inst. de rerũ diuis. in locis verò de iure gentium cõibus occupatio solũ producit ius prohibendi alios eodem iure vti: quia scilicet eorũ vsus singulis, vt omnibus competebat; & ita procedit d. l. in tantum, ff. de rerum diuis. d. l. si quisquã, ff. de diuers. & temp. pręsertim, quando in dictis locis non datur realis occupatio, qualis est inędificatio, nam ędificio locus publicus suppositus, quodãmodo fit ædificantis, d. l. in tantũ. Vnde si interim alius non subditus in eodem loco conquistæ (vt cum illis loquar) occasione commercij aliquid mercium redimat, suum iustè facit, & cũ bona conscientia retinet, per text. in l. 2. ff. de acq. rerum domin. & eorum, quæ tradit glos. in l. Diuus, ff. de seruit. rusticorũ præd. Ioan. Faber, in §. feræ, Inst. de rerũ diuis. cum pluribus alijs, quidquid cõtradicat Cabedo d. n. 4. qui in cõtrariũ adduxit d. l. 3. (sic .n. referre debebat, non verò l. 2.) quę sanè lex manifestè loquitur cõtra eũdẽ; text. aũt in d. l. Diuus, & d. §. feræ, nihil pro ęo faciunt; quia vltra quã qđ loquãtur de locis proprijs priuatorũ, (qualia nõ sunt loca cõmerciorũ cũ infidelibus, quę conquistas vocant, respectu Regum Lusit. & Castellæ:) deinde non dicunt capta in eis fieri dominorũ loci, sed tantum dominos prohibere posse, ne quis in suo loco venetur, aucupetur, piscetur, notat Bart. in d. l. Diuus, n. 1. qđ nos admittimus in habẽtibus prędictas conquistas, vt supra notauimus.

SVMMARIVM.

Vtrum conditio impossibilis, reputata à testatore possibilis, vitietur, vel vitiet dispositionem testamentariã; à n. 1. per tot. & precipue, à n. 8. & à n. 13.

Qui tenuerũt partem affirmatiuam, referuntur d. n. 1.

Communis sententia tenuit negatiuam, & eiusdem sectatores referuntur. n. 2.

Latè, & eleganter explicatur l. seruo manumisso, ff. de condict. indeb. à n. 3. & præsertim à n. 5.

Referuntur, & reprobantur variæ interpretationes ad d. l. si seruo, d. n. 3. cum seq.

Libertus, qui ad ingenuitatem proclamat, amittit ea omnia, quæ ex patroni domo quolibet titulo consecutus fuerat. nu. 4.

Explicatur obiter l. 2. ad finẽ, ff. de cond. sine causa. n. 6.

Vbi solutio fit autoritate iudicis, cessat condictio indebiti. nu. 7.

Conditio simpliciter, & secundum naturã impossibilis, indistinctè remouetur; & de rõne n. 8. cum seq.

Conditio ex euentu, vel ex suppositione impossibilis, quæ dicatur. nu. 9.

Conditio ex euentu, vel suppositione facta impossibilis, scienter apposita vt impossibilis, omninò remouetur. nu. 10.

Explicatur l. si Mæuia, 45. ff. de hered. instituend. ibid.

Explicatur l. 4. §. idem Iulianus, l. mulier, 20. ff. condit. instit. nu. 11.

Conditio, quæ requirit cautionem interponendam adscripta hæredi soli instituto, vt impossibilis reputata remouetur, ibidem.

Explicatur l. ab omnibus, 104. §. in testamento, ff. de legatis primo. nu. 12.

Conditio impossibilis ex proprio facto testatoris colligenda, remouetur, ibidem.

Explicatur l. cum tale, 72. § falsam conditionem, ff. de cond. & demonstr. ibidem, contra Viglium.

Conditio falsa, vt impossibilis remouetur, & quomodo id intelligatur, ibidem.

Obiter explicatur l. cum secundo, 16. vers. 1. ff. de iniusto, rupto, contra Lusitanum Costam.

Conditio ex euentu facta impossibilis, & reputata à testatore possibilis, vitiat dispositionem, quasi ex nunc, quo cõstat retro impossibilẽ factã esse. n. 14.

Latè, & eleganter explicatur l. multa, 6. §. si seruos, ff. de cond. & demonstr. à n. 15.

Notatur I. c. Pomponius de infideli aliorum I. consultorum allegatione. num. 16.

Cõditio institutionis, si seruum suũ hæres manumiserit, seruo mortuo nõ facit deficere institutionẽ. n. 17.

Conditio, quæ deficiens non obest dispositioni, antea defecta minus oberit. n. 18. & ob id tamquam impossibilis indistinctè remouetur, ibidem.

Eleganter explicatur l. qui dotem. 12. ff. de dote prælegata, à nu. 20.

Conditio testamentaria, quæ patientia testatoris facta est non implebilis, propter eiusdem commodum, vel honorem, pro non scripta censetur. nu. 21.

CAPVT XV.

Vtrum conditio impossibilis reputata possibilis, vitietur vel vitiet dispositionem testamentariam?

1 
QVotidiana † ista, & triuialis quæstio, hucusque non sat discussa est, cum in iure sit salebrosa, vt videre erit, & in illis tantum terminis proponitur, in quibus conditio non est simpliciter impossibilis: nemo enim tam crassus est, ac supinus, vt possibile opinetur illud, cui natura simpliciter, & absolutè impedimento est.

Et pro parte, quæ asserit dictam conditionem vitiari, adest primò generalitas text. in d. l. obtinuit, ff. de cond. & demonstr. l. multa, 6. §. si seruus, infra, eodem tit. l. ab omnibus, 104. §. in testamẽto, ff. de leg. 1. tẽtauit Soc. in d. §. si seruos, ad finẽ; securè tenuit Costa, lib. 1. Select. ca. 9. insignis præsul Sarm. lib. 2. Select. ca. 1. per tot inclinat Lusit. Caldas, in l. si curatorẽ, verbo, sine curatore, n. 73. C. de in integ. rest. min. & randem pro eadem parte facit l. 4. §. idem Iulianus, l. mulier, 20. ff. de cond. inst.

2 Contrarium † tñ, immò quod in terminis quæst. propositę, cond. vitiet, ac corrumpat dispositionem, tenuit cõis sententia, vt agnoscit Costa, in cap. si pater, 1. p. verbo, in re certa, n. 8. de testam. in 6. quam tradit Bart. in d. §. in testam. n. 3. Cuman. in l. pater Seuer. §. condit. verba, ff. de cond. & demonst. Tiraq. de priuil. piæ causę. priuil. 75. receptum dicit Gomez. 1. to. ca. 12. n. 75. Aretinus, & cõiter oẽs, in §. impossibilis, vbi Marcus Antonius, n. 4. inclinat, Vigl. n. 1. Inst. de hæred. instit. Couar. iuris prudentissimus antistes, de spons. 2. parte, cap. 3. §. 2. n. 5. plures refert Caldas, vbi supra, d. n. 73. referuntq; iam citati. Quam etiam communẽ esse agnoscit Sarmiento, vbi supra, ante nu. 1.

3 Pro † communi sententia adest text. (cui ipsa maxime innititur) in l. seruo manumisso, ff. de cõd. indeb. vbi ita scribit Papin. *Seruo manumisso fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento peruenerit, is post acceptam sinè iudice pecuniam ingenuus pronunciatus est; indebiti fidecommissi repetitio erit*; Quibus verbis putat communis sententia conditionem impossibilem, (qualis est, capere libertatem ex testamento, qui ingenuus erat), possibilem a testatore reputatam corrumpere dispositionem.

Verum fragili fundamento stabilitur: nam textui in d. l. seruo manumisso, (vltra responsionem Costæ, vbi supra, in d. cap. 9. quam reprobat

probat Caldas, d. n. 73. §. & Sarmiento, vbi supra, n. 29.) respondet idem Caldas, vbi proximè, quod propterea in illo competijt repetitio, quia erratum est in corpore, videlicet in qualitate corporali; fideicommissum enim reliquerat proprio liberto, non vero ingenuo qui bus terminis dispositio corruit, iuxta l. nec apud, 7. C. de hæred. instit. notatur in l. 4. per text. ibi, supra eodem tit. quibus iunge, quæ latè tradidimus sub hoc lib. 1. cap. 6. n. 41.

Hęc tamen responsio, quæ fuco non caret, apta non videtur: nam testator in terminis d. l. seruo manumisso, non tam errabat, quam volebat, vt is, quem testamento liberum esse iubebat, ipsius libertus esset: ad idque eum inuitabat conditionali illo fideicommisso: & satis innuit text. testatorem præsentire mentem serui testamēto manumissi, ad ingenuitatem prò clamate volentis, dum insolitam ei conditionem adiecit, si videlicet libertus Orcinus esse patiatur; quinimmo tex. videtur insinuare adhuc viuo domino testatore motam liberalem causam, dum eo mortuo, dicit ingenuum pronunciatum esse: quasi iam ante lis ordinata fuisset. Tandem secundum dictum intellectum non explicantur illa uerba, post acceptam sine iudice pecuniam, &c.

4 Vnde aliter iam vulgo † respondetur à recētioribus, d. l. seruo manumisso, procedere ex autoritate cuiusdam S. consulti, & constitutionis, quæ refertur in l. de bonis, ff. de liberali causa, & l. hoc sermone, vers. 1. ff. si libertus ingenuus esse dicatur. elegans text. in l. 1. C. de ingenuis manumissis, vt scilicet ab eo liberto, qui ad ingenuitatem proclamat, repetatur quid quid à domo patroni, quouis titulo consecutus est: & ita primitus vnico verbo tetigit glos. vlt. in fine, in d. l. 1. C. de ingen. manumiss. & in alijs locis, quos referens sequitur Sarmiento, d. cap. 1. n. 27. vbi exornat.

Ceterum, & hęc responsio eneruatur ex eo, quia si autoritate S. consulti, vel cuiusuis alterius constitutionis repetitio fieret, non condictio indebiti vt text. inquit in d. l. seruo manumisso, & Rubr. sub qua collocatur, sed condictio ex lege, S. ue consulto competet, l. vnica, ff. de condict. ex lege, iuncta l. vnica, ff. vt ex legibus S. ve consultis & §. septima, Inst. de bono rum possess. vnde colligitur lapsus Sarmienti, d. nu. 27. propterea existimantis in d. l. seruo manumisso, competijsse condictionem indebiti, quia nulla ex d. S. c. actio prodita erat.

5 Aptius igitur † respōde, cōdictionē indebiti in terminis d. l. seruo manumisso, competere ad similitudinem condictionis ex præfato S. c. nam text. in d. l. seruo, ostendit fuisse fideicommiss. relictum sub conditione, si ad libertatem ex test. (scilicet defuncti) peruenerit. Vnde necessatiò dicendum est fideicommiss. ab hærede traditum seruo, ea lege accipienti, quod à test. manumissoris liber esse vult, & cōsequenter negotiū intercessisse, ratione cuius cōdictio indebiti poterat competere, non verò ex lege, S. ve c. quæ solum datur, quando cessat quęuis alia ordinaria actio, vel etiam quādo lege cautum non est, quo genere actionis experiūdum sit, d. l. vnica, ff. de cōdict. ex lege, d. §. septima.

6 Nec obstat, † quod condictio indebiti non videatur posse competere quasi non indebitū, sed debitum tunc temporis datum est, argumēto l. 2. ad finē, ff. de condict. sine causa, ibi: *Quia non indebitum dedit*, &c. quia respōdetur, quod in terminis, d. l. seruo manumisso, quādo libertus putatiuus accipit sub conditione, quæ postea ipsius facto defecit, indebitum accipere à principio creditur, vt elegāter aduertit Sarm. d. cap. 1. n. 28. at d. l. 2. ad finē, procedit, quādo à principio simpliciter debitum accipitur; licet postea fortuito appareat sine causa datum. Quinimmo, & si condictio indebiti detur in d. l. seruo manumisso, nihil etiam inconueniet concurrere posse condictionem sine causa, iuxta l. 1. ff. de condict. sine causa, iūcta glossa.

7 Quibus suppositis † iam intelliges, cur Papin. in d. l. seruo manumisso, dixit, ibi: *Is post acceptam sine iudice pecuniam*; nam si solueretur ex iudicis tantum autoritate, (cum cessaret negotium) cessabat indebiti repetitio, l. si fideiussor conuentus, §. in omnibus, vbi notat glos. verbo, cessat, ff. mandati, l. 1. vbi glos. verbo, iudicati, plurima similia congerit, C. de cond. indebiti. notat tandem glos. verbo, sine iudice, in d. l. seruo, tuncq; locus esset condictioni ex d. S. c. de quo supra meminimus. Quia tamen in terminis, d. l. seruo manumisso, hæres sine iudice prestitit fideicommissum ea conditione accipienti, quæ à testatore apposita fuit, cum iam negocium intercedat indebiti condictio de rigore locum sortietur. Vnde apparet, in d. l. seruo manumisso, propterea conditionem, de qua ibi, peperisse repetitionem indebiti, quia ipsius occasione verè negocium intercessit inter hæredem, & fideicommiss. non verò, quod testator putaret, conditionem illam possibilem, quæ impossibilis foret: vel quod erraret in persona fideicommiss. cum immò iuxta supra dicta, in terminis d. l. seruo, procliuior sim, quod testator non ignorabat, sed timebat liberti proclamationem ad ingenuitatem.

8 Quamquam autem † d. communis sententia inualido innitatur fundamento, inficiari tñ non possumus, testatorem existimantē possibilē eam conditionem, quę effecta est impossibilis, cum secundum naturam in se possibilis esset (de impossibilibus simpliciter non loquor qualis est illa, cui natura impedimēto est, v. g.

si digito cœlum tetigeris, hæc enim indistinctè remouetur: quia non est cōsiderabilis tā crassa opinatio, vt existimetur possibile illud, cui natura simpliciter resistit) ita legasse, nō aliter legaturū. Nec cōmunis ratio, ob quā reijcimus impossibiles conditiones ab vltimis voluntatibus, (quod videlicet, nō serio, nec animo adimplendi, vt actus pereat, adscribantur) militat in his terminis: nā conditiones secundū naturā possibiles (licet ex euentu, vel suppositione impossibiles existant) quādo adhuc possibiles existimantur (vt secundū se fuerant) proculdubio animo adimplendi, & seriò apponuntur; nec aliud iuris censura constitui pōt: cū absurdum non sit, nec perperā cogitatū possibile, quod secundum naturam possibile est. Ergo sicut conditio possibilis deficiens vitiat, & non vitiatur, ita hæc de qua loquimur, corrūpere debet dispositionem, quamuis iam tempore testamenti sit defecta, vt infra latius explicabimus.

9 Vt autem methodicè † procedamus, & iura, quæ obstare videntur, in consonantiā redigantur, distinguendū est, inter conditiones simpliciter, & secundū naturā impossibiles; & impossibiles ex suppositione, siue euentu; ex suppositione, v.g. quando quis dicit: *Si filia mea viuet*, quę nunquā extitit; Ex euentu, si dicat: *Si filia mea viuet*, quæ absente patre testamēti tēpore decesserat, vt etiam tetigit Sarmien. d. lib. 2. Select. cap. 1. num. 1.

Conditiones impossibiles secundū naturā indistinctè remouentur, d. l. obtinuit, iuncta ratione, de qua supra; & ita est ibidē indubitabilis conclusio per oēs, & in §. impossibilis, Inst. de hęred. instit. solumq; de ratione decidendi controuertitur, vt videre licet per Doctores in dictis locis. Vigl. in d. §. impossibilis, num. 1. & nouissimè, ac latissimè Hispanus Pichardo, ibidem.

10 Quod verò † attinet ad impossibiles ex suppositione, vel euentu subdistingue. Aut enim cognoscūtur, vt impossibiles; aut vt possibiles reputantur; si vt impossibiles considerentur, sine dubio reijciūtur, ex d. l. obtinuit: tūc enim militat ratio eadē, quæ in simpliciter, & secundū naturā impossibile versatur, vt intuenti facilè patebit, & in hoc distinctionis membrū cadunt, tā eæ conditiones, quæ impossibiles reputātur in opinione tantū testatoris, quā ēt iuris censura; in opinione tantū testatoris considerantur, vt impossibilis conditio, v.g. *Si Fuluia filia mea viuet*; quando cōstat testatorem nunquam filiam habuisse; & ita scienter apponit conditionē ex suppositione imposibilē, vt imposibilē, quæ vt talis remouenda est, in specie. l. si Mæuia, 45. ff. de hæred. instit. dū habet: *Si Mæuia mater mea, & Fuluia filia mea viuent, tū mihi Lucius Titius hæres esto. Seruius respondit, si testator filiā nunquā habuerit, mater aūt superuixisset: tamen Titiū hæredē fore, quia id quod in testamēto scriptū esset, nullam vim haberet*; vbi noto, quod quādo testator meminit filię nomine proprio, interest, ne vllā filiā habuerit, quia si aliquā habuisset, forsan pręsumeretur deceptus in nomine proprio, quod non obest, l. 4. ff. de legatis 1. & ideo text. in d. l. si Mæuia, cautè subiecit; *Si testator filium nunquam habuerit.*

11 Item † conditio, *si seruum non alienauerit, si dotem non petieris, vel exegerit*, aut similes, quæ in non faciendo consistunt, (quæ ob id cautionē Mucianā requirunt, l. Mucianæ, 7. ff. de cōdit. & demonstr.) si adscribantur hæredi soli instituto, tanquam impossibiles, & iuris censura reputatæ per testatorem imposibiles, remouentur: quia sciuit, vel scire debuit, imposibile esse, vnum solum hæredem institutum cauturum, cum non sit cohæres, cui cauere posset; & ita procedet l. 4. §. idem Iulianus, ff. de condit. instit. ibi: *Ceterum si solus hæres scriptus sit, sub impossibili conditione hęredem institutū uideri*, &c. l. mulier, 20. infra eodem tit. ibi: *Quod si solus hæres institutus esset in tali conditione, nihilominus puto, statim eum hæredem futurum, quia ἀδύνατος conditio* (id est, extra potestatem posita, scilicet impossibilis) *pro non scripta accipienda est*; &c.

12 Item † in opinione testatoris, & ex iuris censura, conditio ex suppositione imposibilis, vt imposibilis existimatur, quādo quis legat sub hac conditione: *Si tabulas, quibus pecuniā expromiserā, dederit, vel* similē, quæ à facto testatoris procedere debebat: nā vel verè imposibilis reputatur à testatore, cū sciat se tabulas nunquā tradidisse: vel interpretatiuè, ex dispositione iuris, quia nemo præsumitur facti sui ignarus; & ita procedit l. ab oībus, 104. §. in test. ff. de legatis, 1. ibi: *Si testamēti faciēdi tēpore tabulæ nullę fuerunt, una ratione dici pōt, legatū Titio deberi, qđ ἀδύνατος conditio pro non scripta habetur.* l. cū tale, 72. falsam cōditionē, ff. de cōd. & demōstr. ibi: *Falsam conditionē Cassius, & Cælius Sabinus impossibilē esse dixerunt; uelutis Pāphilus, si quod Titio debeo soluerit, liber esto: si modo nihil Titio fuit debitū*, &c. vbi Papinianus ex sententia Cassij, & Sabini asserit, eas conditiones, quas testatores scientes, vel scire debentes, adimpleri non posse, apponunt, remouēdas fore tanquā imposibiles, & ob id falsa cōditio reijcitur; falsa aūt dicitur, quā testator scit, vel existimat impleri non posse; in eo enim falsitas versatur: alioquin, quod testator putat posibile, falsum dici nequit; sicut nō dicitur falsū testimoniū, qđ quis vt verū secundū suā opinionē protulit. & ita intelligitur l. cum in secundo, 16. vers. 1. ff. de iniusto rupt. quia deceptus, putauit Lusitanus Costa. li. 2. Select. cap. 11. post princip.

condi-

conditiones in præsens, vel in præteritum conceptas, si falsæ sunt, vitiare, nō vitiari, quod generale dictum confunditur ex præmissis: nisi testator ignoret. Vnde in his conditionibus, ex suppositione, vel euentu impossibilibus regula statuenda est, tunc reijci, quando falsæ sunt, hoc est, quando scienter apponuntur, vt impossibiles, iuxta mentem Cassij, & Sabini, & Papiniani, in d. §. falsam conditionem; quidquid aliter, nec benè explicet Vigl. in d. §. impossibilis, nu. vlt. Inst. de hæredibus instit. putat enim conditionem falsam illam demi, quæ nec est, nec potest esse vera; quod est manifestè contra d. §. falsam conditionem, vbi vocat conditionem falsam, quæ potest esse vera (licet vt falsa apponatur) vt patet ibi: *Pamphilus, si quod Titio debeo, soluerit*, &c. possibile enim erat testatorem Titio debere: & tamen subiungit text. tamquam impossibiles remouendas: quinimmo, si uera esse non posset, simpliciter impossibilis dicenda esset, non vero falsa, ergo, &c. aliter etiam, nec ineleganter interpretatur Sarm. d. cap. 1. nu. 15. præfatum §. in testamento, licet ipsius explicatio magis suadeat conditionem de qua ibi, ex mente defuncti censeri impletam, quam pro non scripta habendam.

13 Quod vero † attinet ad conditiones ex euentu factas impossibiles, resolue, quod si quidem possibiles reputentur à testatore, id, quod relictum est, tollunt iuxta communem sententiā, de qua supra, v. g. si quis dicat: *Lego Titio, si talis nauis ex Asia venerit*; quæ quidem iam tempore testamenti ignorante testatore naufragium fecerat: nam hæc conditio in his terminis, non vt impossibilis vitiatur, sed quasi deficiens vitiat: tum propter cessantem rationē d. §. falsam conditionem, vt supra enucleauimus: non enim tunc falsa conditio est, quia ignorante testatore, & vt possibilis apponitur: tum etiam, propter cessantem rationem d. l. obtinuit, iunctis ijs, quæ supra pro communi resoluimus. Et hanc resolutionem probat citata l. si Mæuia, 45. ff. de cond. instit. ibi: *Si testator filium nunquam habuerit*, &c. vbi ad effectum, vt I. c. remoueat conditionem ex suppositione impossibilem, eam reducit ad terminos, in quibus nequaquam possibilis, sed omninò impossibilis ab ipso etiam testatore existimetur: quasi si possibilis in se esset, (quia scilicet testator filiam antea haberet (quamuis postea tempore testamenti, patre inscio decessisset, nequaquam remoueretur tamquam impossibilis; quinimmo dispositionem euerteret.

14 Interim aduerte † dispositionem (cui adijcitur conditio ex euentu facta impossibilis, vt possibilis) non haberi pro infecta, sicut in conditione de præsenti, vel præterito, quæ si appa ret defecta, consequenter dispositio pro infecta habetur, l. illa institutio, 10. §. vlt. ff. de cond. instit. Vigl. in §. impossibilis, nu. 8. Inst. de hæred. instit. & est vulgare: sed potius corruit, ac deficit dispositio, cum conditio in futurum cōcipiatur, v. g. si nauis ex Asia venerit; quasi opinatio testatoris conditionem iam defectam tempore testamenti, vt pendentem, interim dum de naufragio non constat, sustineat: ita vt eo tempore, quo retro naufraga apparet, quasi nunc deficiens censeatur; & ita ex iuris interpretatione succedit regula l. cum tale, 72. §. falsam conditionem, ff. de cond. & demonstr. ibi: *quod si post testamentum factum testator pecuniā exoluit, defecisse conditionem intelligi.*

15 Verum huic † sic explicatæ resolutioni in confirmationem communis sententiæ, obstat maximè Pomp. in l. multa, 6. §. si seruos certos, ff. de cond. & demonstr. dum inquit. *Si seruos certos quis manumisset, hæres esse iussus erat, quibusdam ex his ante mortuis, Neratius respondit, defici eum conditione; nec æstimabat parere posset conditioni, nec ne. Sed Seruius respondit, cum ita esset scriptum, si filia, & mater mea viuēt, altera iam mortua, non defici conditione. Idem est apud Labeonem scriptum. Sabinus quoque, & Cassius, quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas pro non scriptis esse. Quæ sententia admittenda est.* Ex quibus verbis principaliter colligitur, quod impossibilis conditio ex euentu facta, & per testatorem reputata possibilis, pro non scripta habetur, & pura manet institutio, contra supradicta.

Pro solutione aduerte, in specie d. §. si seruos, quæstionem fuisse controuersam, vt ex autoritatum conflictu apparet: nam relatus Neratius (motus forsan rationibus communis sententiæ, de qua supra) respondebat, dispositionem, non vero conditionem vitiari. In contrarium tamen adducit Pomponius argumentum Seruij, Labconis, Sabini, ac Cassij, atque ita decidit (quæ sententia recipitur) dictam conditionem pro nō scripta haberi, quasi impossibilem: cum tamen constet testatorem eam, vt possibilem adiecisse, in quo consistit obiectionis vis.

16 Aduerte † deinde, Pomp. in d. §. si seruos, male retulisse Seruium in exemplo allato, scilicet: *Si filia, & mater mea viuent, altera iam mortua*, cū Seruius teste Alpheno, in l. si Mæuia, 45. ff. de hæred. instit. (vt supra probauimus) id resoluat, si testator nunquam filiam habuerit, non verò si iam decessisset, quam habuit, vt patet ibi: *Si testator nunquam filiam habuerit*; &c. Male etiam retulisse opinionem Sabini, & Cassij, qui quidem tunc resoluunt conditiones ex euentu, vel suppositione impossibiles, vt impossibiles reijci, quando falsæ sunt, vt eorū

sententiam referens sequitur I. consultissimus Papin. in d. l. cum tale, 72. §. falsam conditionem, ff. de cond. & demonst. hoc est, vt supra interpretati sumus, quando scienter, vt impossibiles adscribuntur. At in terminis d. §. si seruos, conditio quidem non impossibilis (alias enim de plano, & citra omnem dubitationem quæstio procedet) sed possibilis existimabatur à testatore; & consequenter vera dicenda erat, & non falsa: cum testator non contra mentem, sed secundum mentem eat; & ita cessat formalis ratio falsitatis, in qua consistebat decisio d. §. si falsam conditionem.

17 Aduerte † tandem, conditionem d. §. si seruos, quamuis non esset defecta tempore testamenti, sed potius postea deficeret, non proinde eneruaret dispositionem; quinimmo pro impleta haberetur, iuxta l. quæ sub conditione, 8. §. mortuo, ff. de condit. instit. ibi: *Mortuo autem, vel manumisso Stichro viuo testatore, qui ita hæres institutus est, si iurasset se Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione; quamuis verum sit, compellendum eum, manumittere, si viueret*; &c. & in vers. sequenti.

18 Quibus † suppositis, resolue, conditionem, si seruos suos hæres manumiserit, qui iam mortui erant tempore testamenti, speciali quadã ratione remoueri (salua manente dispositione) siue existimetur possibilis, siue non: nam si conditio, quæ post testamentum deficit, magis dispositionem destruit, quam quæ iam defecta erat tempore testamenti, vt probat text. in l. cum tale, 72. §. falsam conditionem, ff. de cond. & demonstr. è conuerso conditio, quæ deficiens post testamentum non obest dispositioni, minus oberit defecta ante tempus testamenti, vt eleganter argumentatur Papin. in d. l. cum tale, §. si arbitrata, vers. sed si Titius. Constat autem conditionem, si seruum certũ manumiserit, deficientem, post testamentum pro impleta haberi, vel saltem non obesse, d. l. quæ sub conditione, §. mortuo, ergo ante testamentum defecta minus oberit. Accedit, quia opinio testatoris existimantis conditionẽ possibilem, quæ ex euentu facta est impossibilis, dispositionem ex interpretatione iuris suspendit, ac si à parte rei penderet conditio, vt supra notauimus: & constito postea eam retro fuisse defectam, perinde est, ac si nunc deficeret: ea autem nunc deficiens, non obest, d. §. mortuo, ergo antea defecta minus oberit. Vnde, cum conditio in dictis terminis non posset haberi pro impleta, quia iam ante factum testamentum defecta erat, hoc est, non poterat adimpleri, merito pro non scripta haberi dicit Pomp. in d. §. si seruos, sic ampliata d. l. obtinuit, & ita regula deducatur, quod in conditionibus, quæ post factum testamentum deficientes nõ destruunt dispositionem, antea defectæ, vt impossibiles remoueantur, siue à testatore existimentur possibiles, siue impossibiles, ex supra dicta ratione.

19 Illud autem † scrupuli manet in d. §. si seruos, quod Pomp. ad prædictam sententiam primò adducit autoritatem Seruij, opinantis, in conditione, si filia & mater mea viuent, altera iam mortua, hæredem sub ea scriptum non defici conditione: immò validam manere institutionem, cum tamen in hoc casu, licet conditio esset ex euentu impossibilis, tamen possibilis reputabatur per testatorem (id enim necessariò supponitur, alias non congrueret quæstioni propositæ) & consequenter non vitiari, sed potius vitiare institutionem debebat, iuxta suprapositam communem resolutionem.

Hoc tamen non obstante, stare debet dicta communis sententia, quæ iuris principijs, & menti testatoris congruit: & pro solutione difficultatis; vltra quam quod à Pomponio fideliter non referatur sententia Seruij, quem supra ostendimus solum loqui, non quando filia mortua erat tempore testamenti, sed quando non nata, vt ita restrictiuè loqui Seruium testatur Alphenus, in d. l. si Meuia, 45. ff. de hæred. instit. Responde Pomp. in d. §. si seruos, contra Neratij sententiam attulisse in argumentum quandam I. C. Seruij opinionem: & postea contra eundem Neratium subiecisse aliam opinionem, & rationem I. C. Cassij, & Sabini, quam admittendam dicit: idem tamen non dicit de prædicta opinione Seruij, quam etiam attulerat; vnde apparet, dictam opinionem Seruij, adductam quidem fuisse, non qua si probatam a Pompon. in specie, in qua profertur, propter iuris dicta principia, quibus refragatur: sed propter autoritatem dumtaxat Seruij, ita vt autoritatem Neratij autoritate Seruij frangeret, quod multoties fieri solet. Ratio autem, ob quam principaliter mouetur Pomp. est illa, quam ex Cassio, & Sabino in fine adducit, & probat, vt scilicet prædicta cõditio tanquam impossibilis, pro non scripta habeatur; & quamuis iuxta supradicta, Pomp. non etiam fideliter retulerit opinionem Cassij, & Sabini, in effectu tamẽ ex eodem capite sustinetur dispositio, conditione tanquam impossibili pro non scripta habita, vt supra non insubtiliter comprobauimus.

20 Deniq; † eidem communi resolutioni (quã sequimur) obstat Scæuola in l. qui dotem, 12. ff. de dote prælegata, ibi: *Seiæ vxori meæ, si omnes res, quæ tabulis dotalibus continentur, hæredi meo exhibuerit, & tradiderit, summam dotis, quam mihi pro ea pater eius intulit, dari volo; hoc amplius, denarios decem.* Quæsitum est, cum

cum res in dotem data plures ipso vsu finitæ essent, nec moriente marito fuerant, an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeatur. Respondi, videri conditioni paritum, si quod ex rebus, in dotem datis supererat, in potestatem hæredis peruenit. Ex quibus verbis colligitur, quod conditio facta ex euentu impossibilis, a testatore tamen reputata possibilis, vt in se erat, scilicet, si omnes res, quæ tabulis dotalibus contineantur, hæredi meo exhibuerit, non obest dispositioni, immo ipsa conditio vitiatur.

Verum satisfit primò, quia vel testator iam tempore testamenti sciebat aliquot ex dictis rebus consumptas esse, & consequenter, conditio tamquam scienter impossibilis remouetur; vel probabiliter existimabat, consumi posse, quamuis interim consumptæ non essent, cũ sint ex eorum numero, quæ vsu consumuntur; quo casu, quasi ex coniecturali suppositione testator scire debebat, se apposuisse conditionẽ impossibilem, & consequenter reijciendam.

21 Aut tandem † melius responde, quod si res adhuc tempore testamenti omnes extarent, conditio omnes tradendi non vitiatur, quasi impossibilis, si viuo marito aliquot ex ijs vsu sint consumptæ, (id enim Scæuola, licet ponat, & exprimat, non tamen sequitur: non enim dicit conditionem pro non scripta habẽdam, iuxta l. obtinuit, ff. de cond. & demõstr. sed conditioni paritum videri; quod non supponit remotionem conditionis, sed potius legale eiusdem implementum) verum ex eo remouetur, quia cum prędictas res vxor in potestate viri consumpsisset, vt patet ibi: *Plures ipso vsu finitæ essent, nec moriente marito fuerant;* &c. dum illas maritus consumi passus est, conditionem tacitè mitigasse videtur; ita, vt maneret implenda in ijs omnibus dumtaxat, quæ eo moriente manerent; & ob id Scæuola acutissimè dixit, conditioni paritum videri; quasi prædicta conditio in traditione eius, quod supererat ex rebus in dotem datis constitisset, non verò ex capite impossibilitatis: quia vltra dictam rationem, cum tempore testamenti conditio possibilis esset, postea deficiens debebat omninò obesse, non verò vt impossibilis remoueri, l. cum tale, 72. §. falsam conditionem, ff. de cond. & demonstr. ibi: *Si post testamentum factum*, &c.

22 Vnde † obiter colliges Cõclusionem, quod in testamentarijs dispositionibus conditionalibus, si testator passus fuerit in ipsius commodum, vel honorem conditionem impediri, vel minui, videri illi paritum, ad effectum, vt legatarius commodum consequatur.

23 Deinde † colliges, quod si aliquot ex dictis rebus non viuo testatore, sed post mortem illius consumantur, & ita impleri nequeat conditio, vt testator iussit; sine dubio vxor deficeretur conditione, & consequenter, legatum consequi nequibit, iuxta d. §. falsam conditionem, ad finem, & satis innuit d. l. qui dotem, ibi: *Nec moriente marito fuerant*; &c. & ibi: *Si quod ex rebus in dotem datis supererat.* &c. scilicet post mortem viri, id enim omne tradendum erat, vt apposita conditio impleretur, iuxta supradicta.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & concordia l. Paulus respondit, non ideo, 101. vers. Paulus, & l. 1. ff. de solutionibus, à nu. 1. per totum.

Diuersa causa est debitoris soluentis, & creditoris pignus distrahentis. quoad conuersionem pretij pignoratitij. ibidem.

De ratione diuersitatis, nu. 2. vbi assignatur communis, & reprobatur.

Assignatur vera ratio. nu. 3.

In d. vers. Paulus, requiritur traditio pignoris in manu creditoris: aliàs non procedet. nu. 5.

Potestas creditoris, qua pignore distracto potest conuertere pretium etiam in naturale debitum, exercetur inuito debitore, nu. 6. Sicut è conuerso, debitor soluens, potest causam commemorare inuito creditore. ibidem.

Potestas creditoris pignus distrahentis iuxta d. vers. Paulus, intelligitur, quando pignus est traditum pro debito ciuili dumtaxat nu. 7.

Pignus non potest retineri pro debito naturali, nec etiam pro alia causa, excepta chirographaria. nu. 8.

Latè agitur de intellectu l. ob triginta, 73. ff. de solution. à nu. 9.

Declaratur d. vers. Paulus. quoad electionem ne procedat, quando eadem vtriusque debiti causa subest. nu. 10.

Ampliatur d. l. 1. ff. de solution. vt aliquando procedat, etiam quando creditor pignus distrahit. ibidem.

Explicatur l. si quod, 5. ff. de compensationibus, ibi: æquissimum est eligere, *&c. nu. 11.*

D. l. 1. vers. quoties, & l. 4. ff. de solutionibus, quatenus simpliciter solutum intelligunt in duriorem causam, procedunt in dubio ex præsumptiua voluntate debitoris; vnde contraria præsumptione cessant. num. 14. vers. vnde, cum numero seq.

D. l. ob triginta, cessat, si pignus daretur pro eadem debiti parte, pro qua fideiussor intercessisset. num. 15.

An creditor pignus distrahens in terminis d. vers. Paulus, possit conuertere totum pretium pignoratitium in naturale debitum? à num. 16. & resoluitur, diuidendum in vtrumque pro virilibus. num. 17.

Obiter

Obiter explicatur l. in his, 5. §. Imperator, ff. de solutionibus. d.nu. 17. vers. unde. cum, nu. seq. & nu. 21. & nu. 23.

Explicatur l. pupilli debitor, 96. §. cum eodem, ff. de solution. nu. 21. & 23.

Quando pignus subijcitur duabus obligationibus simul, pro modo cuiusque sit diuisio pretij pignoratitij: ibidem. & num. seq. & de ratione. numero 23.

An d. §. cum eodem, uers. quod si temporibus, habeat locum in duplici debito; altero ciuili, & altero naturali? nu. 24 ubi distinguitur.

Quando quis pignus tradit pro debito ciuili, et postea pro debito naturali; si non excedat quantitatem debiti ciuilis, ut aliqualiter conuertatur in naturale; uidebitur adiectum in fraudem obligationis naturalis, ut uidelicet prius omnino satisfiat debito ciuili, contra d. uers. Paulus, nisi creditor consentiat, ibidem.

Pignus datum pro debito tantum naturali, (quamuis aliud datur ciuile) in naturale dumtaxat potest conuerti uolente creditore. nu. 25.

CAPVT XVI.

Conciliatio ad Iul. Paulum, in l. Paulus respondit, non ideo, 101. vers. Paulus, & Vlpianum in l. 1. ff. de solutionibus.

1 Cribit † Paulus. *Cum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in debitum accepti referre, etiã in eam quantitatem, quæ natura tantum deberetur: & ideo deducto eo, debitum peti posse.*

Contra stat generalis doctrina Vlpiani, in d.l.1. ibi: *Quoties quis debitor ex pluribus causis unum debitum soluit, in arbitrio soluentis est dicere, quod potius debitum uoluerit solutum; & quod dixerit, id erit solutum: possumus enim certam legem dicere ei, quod soluimus.*

Ex qua decisione videbatur inferendum, pecuniam redactam ex venditione pignori per creditorem facta, pro arbitrio tantum debitoris conuertendam in quod debitum voluisset.

Differentiam equidem constituit I. consultus inter vtrumque casum, in d. vers. Paulus, ibi: *Paulus respondit, aliam causam esse debitoris soluentis: aliam creditoris pignus distrahentis.* &c. vbi electio tunc debitori competit, quando soluit; & creditori, cum pignus distrahit.

2 Ratio † autem differentiæ in obscuro est. Ioannes Imola, in d.l. 1. nu. 7. & in d. vers. Paulus, totum refert ad moram siue negligentiam, aut diligentiam debitoris, videlicet, quòd si soluat, vtpote diligens, possit eligere causam, in quam conuertat solutionem: si verò patiatur pignus distrahi, vt negligens, pati etiam debet, vt conuertatur in causam, quam maluerit creditor.

Verum hæc ratio nec bona, nec perpetua est: nam nec semper diligentia in solutione numorum consistit, cum sæpè morosus, & interpellatus soluere in pecunia possit. At è contra, in distractione potest cessare debitoris culposa negligentia, si videlicet, aliunde soluere nequeat, & ita necessitate adstringatur; quæ illi amplius damnosa esse non debet, quã in sui pignoris distractionem, & tandem text. in d. vers. Paulus, non ad punitionem negligentiæ debitoris, sed ad uera principia recurrere videtur.

3 Vnde pro † ratione eruēda, cur scilicet, alia causa sit debitoris soluentis, alia creditoris pignus distrahentis, aduerte, quod tametsi credi tore pignus vendente, & pretium recipiente, debitor ipse, qui pignus tradidit, vendere iuris censura, & pretium breui manu ad ipsum peruentum, ad creditorem iterum proficisci credatur, attamen attenta veritate naturali, creditor in se recipit pretium nunquam factum debitoris: immò, in tali pretio redacto ex venditione pignoris, secundum aliam considerationem, manet debitor, qui antea creditor erat; Vnde, vel ex regula d.l. 1. creditor, quã si debitor, sibi soluens, eligere potest causam, quam maluerit: vel ex compensatione, quæ mutua est debiti, & crediti contributio, l. 1. ff. de compensat. potest conuertere pecuniam ex pignore redactam, etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debetur: cum pro debito etiam naturali compensatio fieri possit, l. etiam, ff. de compensat. Nec obstabit l. si quid, 5. ff. de compensat. inferius enim satisfacies. An autem creditor tunc possit totũ distracti pignoris pretium conuertere in debitum tantum naturale, infra quoque discutiemus.

4 Ex qua † vera discriminis ratione inter debitorem soluentem, & creditorem pignus distrahentem, colligitur Primò ratio dubitandi ad d. vers. Paulus: nam ex fictione, secundum quam pecunia ex venditione pignoris proueniens censebatur breuis manus fictione à debitore (Cuius pignus distrahebatur) ad creditorem proficisci, ac per consequens, sicut debitor soluens poterat cõmemorare causam, in quam soluit, ita etiam pignus tradens (quod postea distraheretur) videbatur posse exprimere

mere causam, in quam pretium referat. Verum cum fictio non debeat admitti contra æquitatem, l. postliminium, 19. ff. de captiuis, & postlimin. reuers. notant Doctores in l. si is, qui pro emptore, ff. de vsucapionibus, & maxima iniquitas oriretur, si contra naturalē obligationem veritas adumbretur, secundum quam per compensationem eidem obligationi satisfit: merito attenditur id tantum, quod a parte rei accidit, videlicet, creditorem distrahentem pignus, ratione collecti pretij debitorem manere, & compensationi locum futurum: & ita aliam esse causam debitoris soluentis, aliam creditoris pignus distrahentis.

5 Colligitur † Secundò ex d. vers. Paulus, pignus fuisse traditum creditori: nam aliàs, si penes debitorem maneret, vt fieri poterat, iuxta l. 1. ff. de pignorat. act. ipse debitor distraheret, & ex pretio solueret, quo casu nihil interesat, an solueret ex pecunia, quam habuerat citra venditionem pignoris, an ex ea, quā ex distractione pignoris redegerat: cum alteru tra verè perficiscatur à manu debitoris: & ita standum erat regulæ d. l. 1. ff. de solutionibus: manemus enim extra terminos d. vers. Paulus, ibi: *Aliam creditoris pignus distrahentis*, &c. facit, quia iam cessaret ratio, ob quam, qui antea creditor erat, debitor maneret, ad effectum compensationis, quæ debet esse debiti, & crediti contributio, iuxta supradicta: & hanc illationem iuuat communis sententia, in d. vers. Paulus, quæ putat pignus ibidem retineri potuisse pro debito naturali, in quo manifeste supponit, traditum fuisse.

6 Colligitur † Tertiò, hanc conuersionem, quam facit creditor, in quod debitum maluerit, recipi etiam inuito debitore: aliàs nihil specialitatis induceret d. vers. Paulus, & id manifestè probat l. cum & sortis, vers. vlt. iuncta glos. 1. ff. de pignorat. act. ibi: *nec audiendus est debitor*; &c. Ex quo oritur quædam inter debitorem, & creditorem difformis conformitas: nam quemadmodum debitore soluente, si causam exprimat, in quam vult pecuniā referri, in eam duntaxat accipitur creditore etiam renitente, d. l. 1. ita etiam creditore pignus distrahente, in id debitum potest conuertere, quod maluerit, quamuis debitor reluctetur, d. vers. Paulus, clarè tradit glos. verbo, in vsuras, in fine, in l. 1. C. de solutionibus.

7 Colligitur † Quartò, in d. vers. Paulus, pignus traditum dumtaxat fuisse pro debito ciuili, vt innuit glos. 1. in d. l. cum & sortis, expressit Iacobus Butricarius, in l. 1. C. de solutionibus. Glos. tamen in d. vers. Paulus, recedit ab hac interpretatione, dicitque pignus traditum fuisse pro vtroque debito. Sequitur hanc interpretationē Bart. in l. cū ex pluribus, ff. de solution. veriorē dicit Ioānes Imola, in d. l. 1. ff. de solutionibus. n. 7. & communem dicit in d. vers. Paulus, vbi tandem opiniones concordat, vt videlicet tunc procedat prima opinio, quando pro debito naturali (pro quo pignus non est traditum) poterat retineri; quando verò pro debito naturali non poterat retineri pignus, pro ciuili aliàs traditum, tunc procedat secunda opinio.

Ego verò illationem veriorem esse indistincte puto, videlicet, pretium redactum ex venditione pignoris posse conuerti etiam in eam quantitatem, quæ natura debebatur, quamuis pro ea pignus non esset datum, nec retineri possit. Et moueor ex eo, quia I. c. in d. vers. Paulus, non recurrit ad aliquam conuentionē partium, sed ad diuersitatem iuris, quæ resultat à potestate debitoris soluentis, vel à potestate creditoris pignus distrahentis: at si pignus pro debito etiam naturali, datum esset, non quidem tunc conuersio in id procederet ex potestate creditoris, quatenus pignus distrahit, sed ex conuentione debitoris, quatenus pro eo pignus obligauit.

8 Concordia † autem, quam nisus est inducere Ioannes Imola, caret omninò effectu: nec enim potest considerari debitum naturale (excepta causa vsurarum, ab eodem contractu, solo pacto prouenientium, in quo adhuc magna controuersia est, vt per eos, quos latè refert idem Imola, in d. l. 1. nu. 8. & in l. in his. §. Imperator, ff. de solutionibus.) propter quod retentio pignoris fieri possit; nam huic concordiæ contradicit apertè text. in l. per retentionem, C. de vsuris, & præcipuè l. vnica, & ibi communis sententia cum glos. 1. ad finem, C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri, &c. vbi traditur, excepta causa chirographariæ pecuniæ, propter aliam pignus retineri non posse, nisi specialiter à lege id exprimatur. Iuribus autem, quæ obijci possunt, inferius satisfiet.

9 Colligitur † Quintò, Marcellum I. c. in l. ob triginta, 73. ad finem, ff. de solutionibus, ibi: *Magis tamen existimo licuisse creditori, in id, quod solus debebat reus, accepto referre*; &c. non respicere decisionē I. c. in d. vers. Paulus, quasi propterea ibi possit creditor pecuniam ex venditione pignoris resultantem conuertere in decem, quę sine satisdatione debebantur: quia alia esset causa debitoris soluētis, alia creditoris pignus distrahentis. Immò, putò id licuisse creditori; quia expressè, vel tacitè conuentum erat inter contrahentes, vt sentit glos. ibidem, verbo, accepto, præsertim, cum Marcellus exprimat, potuisse debitorem efficere, vt pretium in id tantum referretur, quod satisdato debebatur, vt patet ibi: *Quia hoc dicendo*,

do, potuit hoc efficere debitor; &c. At in d. vers. Paulus, voluntas debitoris nihil operatur, vt supra diximus.

10 Vnde † notabiliter resoluerem, nullam esse tunc constituendam differentiam inter debitorem soluentem, & creditorem pignus distrahentem, quando eadem vtriusque debiti causa subest, hoc est, ciuilis. Et ita declarandum d. vers. Paulus, & ampliandam d. l. 1. ff. de solutionibus, vt quemadmodum debitor soluens pōt cōmemorare causam, in quā soluit, d. l. 1. in principio, ita & creditor pignus distrahens referre pretium in causam à debitore expressā (dumodo, quæ restat, ciuilis etiam sit) iuxta l. si pupilli, 96. §. cum eodem, ad finem, ff. de solutionibus, & quemadmodum debitor in eam quantitatem soluere censetur, quæ satisdato debetur, d. l. 1. & l. 4. ff. de solutionibus, ita & si quis pro debito ciuili, in quo satisdatio, siue fideiussio intercesserat, pignus tradat, & simul alio debito ciuili adstringatur, non poterit creditor pignus vendens pretium referre in id, quod sine satisdatione, sed in id, quod satisdato debetur, iuxta d. l. 1. & d. l. 4. Ratio est: quia cum in hoc casu par vtriusque debiti conditio sit, & vtrobique actio, cessat tunc ratio æquitatis, ob quam fictio breuis manus simpliciter non admittitur in nostro vers. Paulus, & in dictis terminis venit admittenda secundum principia iuris in materia solutionum.

11 Nec obstat † huic declarationi l. si quod, 5. ff. de compensat. ibi: *Aequissimum est, eligere*; &c. vbi ad compensationem indistinctè videtur debitori competere electio, in quam, videlicet causam velit compensare, cum ipsi ab actore deberetur, & itidem à reo, pro quo fideiusserat. Verum respondetur, hic causam esse ęqualem, videlicet, ciuilem, & vltra terminos, in quibus loquimur, & in quibus in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptū ferat, iuxta d. l. 1. vers. quoties, ff. de solutionibus. Insuper non sumus in causa creditoris pignus distrahentis, vel debitoris soluentis, iuxta d. vers. Paulus, sed quando compensatio fit ex debito aliunde contracto. v. g. quod creditor accepisset pecuniam sui debitoris, & postea de compensatione ageretur.

12 Præterea † ad intellectum d. l. ob triginta, amplius aduerto, illius decisionem maximè iuuari, & pendere ex l. pupilli debitor, *96*. §. cum eodem, ad finem, ff. de solution. vbi facto argumento de duplici obligatione ciuili, (de qua ibidem agebatur, vt patet ibi: *duobus contractibus*; &c.) ad vnam, eandemque obligationem partim sub fideiussore, partim sub pignore reboratam: constat, quod sicut datum pignus prius pro vna, & postea pro alia obligatione, prior illa obligatio antea debet omninò solui, quam in hanc posteriorem conuertatur: ita pignus datum pro certa parte debiti, illius partē prius debet exonerare, quā in aliam iure compensationis conuertatur, pro qua, non pignus, sed fideiussor datus erat; immo, & si nullus fideiussor extitisset.

13 Ceterum † huic intellectui d. l. ob triginta, obstare videntur verba vltima, ibi: *Existimo licuisse creditori*; &c. vbi I. c. magis videtur respicere ad ius creditoris pignus distrahentis, iuxta d. vers. Paulus, quam ad conuentionem debitoris pro illis tantum decem pignus tradē tis. Sed respondetur, quod cum supposita ampliatione ad d. l. 1. & d. l. 4. ff de solution. debitore pignus dante, pretium ex eius distractione redactum in eam quantitatem debeat conuerti, quæ satisdato potius debetur, quam quæ sine satisdatione (quando vtraque obligatio erat æqualis) oriebatur dubium in præsenti, an creditor pignus distrahens potuisset pretiū referre in eam debiti partem, qua solus sine satisdatione tenebatur: an verò in eam, quam satisdato debeat, iuxta d. l. 1. & d. l. 4. ff. de solution. & exprimit I. c. hic, in vers. an sicut ego. Cui obiectioni respondens I. c. inquit in d. l. ob triginta. id licere creditori, quia d. l. 1. & l. 4. procedunt, quando aliud non colligitur ex aperta partium volūtate, vt euenit in d. l. ob triginta, vbi pignus datum est pro ea parte, qua solus tenebatur debitor, vt patet ibi: *Et pignus in decem*; &c. quæ verba ostendunt partium conuentionem saltem tacitam.

14 Sed adhuc † huic interpretationi (vltra quā quod obstet, quod non videtur dubitabile tanto I. c. vt d. l. 1. vers. quoties, & d. l. 4. quæ in fauorem debitoris soluentis disponunt, ex voluntate eiusdem debitoris non cessent, iuxta regulam l. penult. C. de pactis) obstant etiam verba illa, in d. l. ob triginta, ibi: *Vt vbi non dixit, id potius solutum existimetur, quod satisdato debeatur; magis tamen existimo*; &c. quæ verba videntur innuere, non esse expressum à partibus, in quam debiti partem debeat pignoris pretium referri: cum si id expressissent, talis conuentio specificè seruaretur.

Vnde aptius responde, quod licet in hoc casu non stemus decisioni d. vers. Paulus, sed generalibus iuris regulis in materia solutionum, nihilominus tamen, adhuc in dubio, in terminis d. l. ob triginta, pretium potius refertur in id, quod solus debebat reus, quam in id, quod satisdato: quia scilicet, quando dicimus in dubio conuertendam esse solutionem in id, quod satisdato debebatur, d. l. 1. vers. quoties, d. l. 4. ff. de solution. id intelligitur, quia præsumitur soluentem in id contulisse, quod satisdato debebat, vtpote onerosius, & durius, l. in his, 5. ff. de solutionibus. At in terminis d. l. ob triginta,

ta, (æquiparata cauſa debitoris ſoluentis, & creditoris pignus diſtrahentis) ceſſat hæc præſumptio voluntatis ex altera, quæ oritur ex datione pignoris, quæ videtur referri ad partem debiti, pro qua fideiuſſor non interceſſit, ne videatur pro vna, eademque debiti parte, & fideiuſſorem, & pignus dare, & pro altera eiuſdem debiti parte, nullam ſecuritatem interponere. Vnde patet, quod cum d. l. 1. verſ. quoties, & d. l. 4. ex præſumptione procedant, contraria præſumptione ceſſabunt. Et ad hanc declarationem, notabilis erit huius text. deciſio, in qua, vt dixi, nequaquam attenditur ius aliquod creditoris pignus diſtrahentis.

15 Nec † huic vltimæ, ac veræ reſolutioni obſtabunt verba relata in principio, ibi: *Et pignus in decem*, &c. quia reſpondetur, propterea id dixiſſe I. c. quia perperam videbatur pro eadem debiti parte, & fideiuſſorem, & pignus dari, cum altera pars eiuſdem debiti tunc omninò maneret ſine vlla ſatiſdatione: & propterea pignus in decem refertur ex tacita debitoris tradentis mente, quæ quia aperta videtur, nihil mirum, quod dicat I. c. in decem datum pignus: alioquin ſi expreſsè conſtitiſſet pignus etiam pro eadem debiti parte datum eſſe, pro qua & fideiuſſor interceſſit, tunc ceſſaret huius text. deciſio, vt patet ibi: *Quia hoc dicendo potuit hoc efficere debitor*; &c. quod manifeſtè oſtendit (vt notauimus) huius text. deciſionem non pendere à deciſione noſtri verſ. Paulus.

16 Adhuc † ad pleniorem interpretationem d. verſ. Paulus, poteſt controuerſi, an creditor pignus diſtrahens, poſſit totum pretium computare in debitum naturale? & pro parte affirmatiua faciunt verba huius text. ibi: *Etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debebatur*. &c. vbi quærens I. c. an pretium redactum ex venditione pignoris debeat conuerti in debitū tantum ciuile, an etiam in debitum naturale? Reſpōdet, etiam in naturale debitum, innuens conuerſionem eſſe faciendam ad debitum naturale, abſque aliqua pretij diuiſione. Facit rurſus idem text. ibi: *Et ideo deducto eo*, &c. vbi dicens regreſſum eſſe faciendum ad debitum ciuile, inſinuat pretium totum fuiſſe conſumptum in eam quantitatem, quæ natura tātum debebatur, & hanc ſententiam videtur tenere Accurt. verbo pro rata, in l. in his, 5. §. Imperator. ff. de ſolutionibus.

17 Ceterum hæc pars † ſuſtineri nequit; tum ex d. l. in his, §. Imperator, vbi in iiſdem terminis fit diuiſio pretij in partes æquales, & ibidem latè notat Ioannes Imola: tum deinde, quia non ita fauendum eſt obligationi naturali, & illius compenſationi, vt contra partium conuentionem, pretium pignoris pro ſola obligatione ciuili datum vniuerſum, conuertatur in debitum naturale. Tandem contra prædictam partem ſtat communis ſentētia, per text. ibi, in l. pupilli debitor, 96. §. cum eodem, ff. de ſolutionibus, vbi reſoluit, quod dato pignore pro debito ciuili, & naturali ſimul, non poteſt computari in ſolum ciuile, vel in ſolum naturale, renitente debitore, ſed in vtrumque, & nulla maior ratio aſſignari poteſt, cur pignus pro debito naturali, & ciuili ſimul datum non poſſit in ſolidum conuerti in naturale tātum, & traditum pro ciuili tantum, poſſit in ſolidum conuerti in naturale duntaxat.

Vnde ſecurè reſoluerem, quod dato pignore pro debito ciuili tantum; licet poſſit creditor referre pretium, etiam in eam quantitatem, quæ natura tantum debebatur, iuxta d. verſ. Paulus, id tamen temperandum eſt ita, vt nec in ſolidum accepto feratur debito naturali, nec in totum debito ciuili, ſed in partes æquales: vt ita dimidium pretij reſultantis ex diſtractione pignoris, compenſetur cum debito naturali, & alterum dimidium cum ciuili; probat hanc reſolutionem Vlp. in l. in his, 5. §. Imperator. ff. de ſolution. vbi in dubio non debet præſumi pignus fuiſſe datum pro debito naturali: ſed tantum pro eo, quo debitor efficaciter tenetur, & inſuper id probatur, quia niſi dicamus in terminis d. §. Imperator, pignus diſtractum, fuiſſe dūtaxat traditum pro debito ciuili, non vero pro vſuris ſimul ex pacto, hoc eſt, naturaliter debitis, nulla iam dubitandi ratio dari poterat, quod eſt contra regulam l. quod Labeo, ff. de Carbon. edicto. Tandem id comprobatur, quia ſi pro debito etiam naturali pignus traditum eſſet, iam pro rata, & non in partes æquales diuiſio pretij ex diſtractione pignoris redacti fieret, iuxta d. l. pupilli debitor, 96. §. cū eodem, ff. de ſolution. vbi quando ex conuentione pignus ſubijcitur duabus obligationibus, pro rata diuiſio pretij pignoratitij fit, & non in partes æquales, vt patet ibi: *Pro modo pecuniæ cuiuſque contractus*; &c. tamen in d. §. Imperator, diuiſio fit in partes æquales, ergo pignus non fuit ex conuentione partium, vtriſque vſuris naturaliter, & ciuiliter debitis ſuppoſitum.

18 Nec item † ſuſtineri poteſt, quod in d. §. Imperator, tradit gloſſa, verbo, pro rata, quod tunc diuiſio pretij ex diſtractione pignoris collecti, in vtrumque debitum pro virili portione conuertitur, quando creditor velit: aliàs poſſit eligere, in quoduis malit. mouetur gloſ. argumento noſtri verſ. Paulus. Verum enim verò d. §. Imperator, talem electionem non patitur, vt patet ibi: *Ad vtramque cauſam vſurarum tam debitarum, quam indebitarum pertinere*; &c. vbi reſoluens pretium ad vtramq; cauſam pertinere, ſupponit neceſſariò fore cō putan-

putandum in debitum ciuili pro virili parte, solumque manere in potestate creditoris compensare in debitum naturale pro parte.

19 Neque iam † prædictæ resolutioni obstat d. vers. Paulus, ibi: *Etiam in eam quantitatem, qua natura debebatur*; &c. vt supra expendimus: quia verbum illud, (*etiam*) in præsenti non sumitur discretiuè, id est, applicando actum cōpensationis, siue conuersionis debito ciuili in solidum, vel debito naturali in solidum: sed copulatiuè; quasi dicat I. c. dato pignore pro debito ciuili tantum, pretium ex illius distractione collectum potest acceptum referri etiam in debitum naturale; ita, vt diuisio pro parte æquali in vtrumque fiat, iuxta d. §. Imperator. Sic itaque secundum hanc interpretationem numquam manebit debitum ciuile omnino destitutum.

20 Non tandem † obstāt verba vltima d. vers. Paulus, ibi: *Et eo deducto, debitum peti posse*; vt supra ponderauimus: nam eum sensum habent, vt scilicet pro deducta portione pretij in debitum naturale, occasione cuius ciuili debito omninò satisfactum non est, reliquū, quod superest, debiti ciuilis, peti potest. Vel aliter intellige, quod cum I. c. partiri pretium in vtrumque debitum decidisset, infert vt deducto eo, quod ex tali partitione debito ciuili accepto fertur, illud, quod adhuc debitum manet, petatur.

21 Pro coronide, vt † omnia sint in concordia, aduerte, dum text. in d. §. Imperator, resoluit diuisionem pretij esse faciendam in partes æquales, non vero pro rata: obstare d. l. pupilli, 96. §. cum eodem, ff. de solutionibus, ibi: *Pro modo pecuniæ cuiusque contractus; creditor accepto facere debet*; &c. Et omissis diuinatiuis solutionibus Bart. & Imolæ, in d. §. Imperator. omissa itidem differentia, quæ assignari poterat in vtrumque debitum ciuile; aut alterum ciuile, alterum naturale; quia in ijsdem terminis, idem vtrobique resoluendum erat; secundum communem sententiam, de qua infra. Responde, text. in d. §. Imperator, procedere, quando pignus erat traditum pro debito ciuili tantum, quidquid ibidem reluctetur Imola, vt superius probauimus: quo casu fit diuisio pretij ex eiusdem pignoris distractione redacti, etiam in debitum naturale, cum non constet de dicta partium conuentione: & tunc succedat decisio d. vers. Paulus, quæ, vt diximus, pretium ex distractione pignoris redactum, ex potestate creditoris subijcit etiam pro virili in naturale debitum. At in d. §. cum eodem, ex partium conuentione pignus datum erat pro vtroque debito: in quibus terminis ex voluntate pignorantis debitoris pretium pignoris consortioni debiti suppositum est: & ideo nihil mirum, quod pro rata cuiusque debiti partitio fiat.

22 Ex qua † solutione infero, veram esse communem sententiam, quæ dicit, argumento d. §. cum eodem, quod si pignus pro debito ciuili, & debito naturali detur, tunc non fiat diuisio pretij pignoratitij in viriles, vt alias decidebatur in d. §. Imperator, qui vt diximus, loquitur dumtaxat de pignore tradito pro ciuili tantum debito: quinimmò, diuisio pro rata fiat: cum ita & d. vers. Paulus, & d. §. cum eodem, ex mente partium locus aperiatur.

23 Ratio autem † in qua fundatur differentia diuisionis pro rata, vel in viriles, ea est: quia dato pignore pro debito tantum ciuili, secundū debitoris voluntatem, pretium in solidum eidem ciuili debito debebat accepto ferri, iuxta d. vers. Paulus, vt supra expensum, & cum æquitas postularet, vt etiam naturale debitum in solidum solueretur, & compensaretur propter veritatem, secundum quam creditor manet debitor in pecunia, quam redigit ex distractione pignoris, in hoc rationum conflictu media via electa est, argumento §. vlt. Inst. de vulgari substit. & in viriles partes fit diuisio, quasi concursu, argumento etiam l. si finita, 15. §. cum autem plures, ff. de damno infecto. At quando ex conuentione partium pro vtroque debito pignus datur, & debitum sit dispar, pro rata, & modo debiti partitio pretij pignoratitij fiet: quia tunc cessat voluntas debitoris, alteri ex debitis totum pretium applicare volentis; & itidem conflictus rationum, ob quarum compositionem media via in prædictis terminis eligebatur.

24 An † autem d. §. cum eodem, vers. quod si temporibus, habeat etiam locum in duplici debito, videlicet ciuili naturali ita vt si prius pro ciuili detur pignus, & postea pro naturali, cesset decisio d. §. Imperator, & d. vers. Paulus? Et puto sub distinctione resoluendum: si satisfacto debito ciuili ex pignoris pretio, adhuc remanet pars pretij, quæ cum naturali compensetur, tunc puto dicendum, etiam procedere in his terminis, d. §. cum eodem, vers. quod si temporibus, iuncta communi sententia, quæ ex eodem textu deducit, pro rata esse faciendam pretij diuisionem, quando pro debito ciuili, & naturali simul pignus datur. Si tamē ex pretio pignoris, soli debito ciuili satisfieri potest, tunc negligenda est decisio d. §. cum eodem, vers. quod si temporibus, & amplexanda omninò decisio nostri vers. Paulus, ita, vt tunc ī partes equales pretij pignoratitij diuisio fiat: videbitur enim omninò in fraudem obligationis naturalis pignus pro vtroque debito interpositum, vt satisfacto ciuili, nihil remaneat in solutionem naturalis; quod tamen intelligo,

go, nisi creditor apertè consentiat.

25 Denique † restat, vt illi quæstioni respondeamus, vtrum, pignore tradito pro solo naturali debito, illius pretium debeat etiam conuerti pro parte virili in ciuile? Opinor non esse computandum, nisi volente creditore, ratio est in promptu; quia cum in fauorem obligationis naturalis procedat conuersio pretij pignoratij, etiam in debitum naturale; quando pignus pro ciuili tantum datum est, iuxta d. vers. Paulus, si alias extra hos terminos, & in maiorem obligationis naturalis fauorem pignus pro ea tantum detur, conuentio tunc partium secundum iuris regulas seruari debet.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu l. cum sponsus, 12. §. in vectigalibus, ff. de Publiciana, à nu. 1. per tot. & nu. 4. & omninò, nu. 20.

Vbi cessat vsucapio, cessat Publiciana, & ita validum est argumentum: non procedit vsucapio, ergo nec Publiciana. ibidem.

Agitur de intellectu l. si finita, §. si de vectigalibus. ff. de damno infect. à nu. 12. & à nu. 19.

Refertur, ac reprobatur communis conciliatio inter d. l. cum sponsus, §. in vectigalibus, & d. l. si finita, §. si de vectigalibus, nu. 2.

Quæ res ciuitatum alienari, & vsucapi possint. num. 5. & num. 21.

Refertur ac reprobatur secunda conciliatio, quam affert Bart. & Paulus, ad d. §. in vectigalibus. & d. §. si de vectigalibus. à nu. 6.

Declaratur regula l. 4. §. lana, ff. de vsucap. nu. 7.

Explicatur l. 1. ff. de fundo dotali, nu. 8. & 13.

Fundus dotalis facilius alienatur ratione vitij realis, & causa necessaria, quam fundus vectigalis; quamuis in se sit magis inalienabilis, quàm vectigalis; & de ratione differentiæ. d. numero 8.

Prædij vectigalis utile dominium, quod est priuatorum, si non caueatur de damno infecto, post secundum decretum transit in nouum possessorem. num. 9.

Refertur, & reprobatur tertia conciliatio Fulgosij, & Cuiacij, ad d. §. in vectigalibus, & d. §. si de vectigalibus, nu. 10.

Prohibita ab homine alienatione, non impeditur vsucapio, obiter. nu. 11.

Prohibita alienatione à lege, vel ab eo, qui usucapionem prohibere potest, eo ipso etiam usucapio inhibita censetur. ibidem. Quod declara numero 12.

Sub proprietate alienationis, comprehenditur. vsucapio. ibidem.

Explicatur obiter ratio decidendi ad l. si fundum, ff. de fundo dotali. nu. 13.

In usucapione initium, & processus pendet à voluntate, vel patientia priuatorum. ibidem.

Explicatur obiter l. alienationis verbum, ff. de verb. significat. ibidem.

In missione ex secundo decreto origo est simpliciter necessaria. ibdem.

Explicatur l. cũ sponsus, §. si res, ff. de Publiciana. n. 14.

Res litigiosa non potest vsucapi. à nu. 15.

Explicatur l. 1. C. de præscriptione longi temp. 10. vel 20. annorum. nu. 16.

Omissa controuersia rei litigiosæ, potest iterum res alienari, & vsucapi. ibidem.

Explicatur l. si post acceptum, ff. de rei vendicatione, num. 17.

Res litigiosa, si petatur à non domino, tamquam sibi debita, potest vsucapi contra verum dominum non petentem. ibidem.

Res litigiosa, etiamsi non sit petitoris, non potest alienari lite pendente. nu. 18.

Quando res non simpliciter à lege prohibentur alienari, sed seruatis solemnibus, possunt vsucapi. num. 19.

Explicatur l. bonę fidei, ibi: Si pupilli, *ff. de acquir. rerum domin. nu. 21. cum seq.*

Res pupillaris regulariter inusucapibilis est. nu. 22.

Latè explicatur l. 2. §. si à pupillo, vers. & ideo, ff. pro emptore. à num. 23.

Reprobatur Cuiacij emendatio literalis ad d. vers. video. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam subtilis interpretatio doctissimi præceptoris Conimbricensis Roderici Lopez à Veiga, senatoris amplissimi, ad d. vers. & ideo, à nu. 24.

Publiciana immediatè regulatur ab vsucapione. n. 25.

Ex actu nullo non benè infertur ad negandam vsucapionem. ibidem.

Proponitur vera interpretatio ad d. vers. & ideo, nu. 26. & nu. 30.

Publiciana, & accessio possessionis, de æquitate prætoria sunt introducta. ibidem.

Explicatur l. cum, qui, in princip. ff. de Publiciana, & conciliatur cum d. vers. & ideo, nu. 27.

Ab vsucapione ad Publicianam, vel è conuerso, regulariter valet argumentum, tam affirmatiuum, quam negatiuum. nu. 28.

A Publiciana ad vsucapionem negatiuè, in vno casu non bene arguitur, de quo nu. 29.

CAPVT XVII.

Ad Iul. Paul. lib. 19. ad edict. in l. cum sponsus, 12. §. in vectigalibus, ff. de Publiciana in rem act.

1 SCribit I. c. *In † vectigalibus & alijs prædijs, quæ vsucapi non possunt, Publiciana competit, si fortè bona fide mihi tradita sint;* &c. Ex qui-

Cui illationi † obstat l. 1. ff. de fundo dotali, ibi: *Quia hac alienatio non est voluntaria*; &c. constat autem vsucapionem esse alienationem legalem cum a lege sit inducta, l. 1. ff. de vsucap. & consequenter non est dicẽda volũtaria; vnde videbatur posse vsucapi fundus dotalis.

Sed respondetur, d. l. 1. ff. de fundo dotali, procedere in alienatione simpliciter necessaria, cuiq; causam dedit uitium rei dotalis, non vero mariti voluntas, aut patientia: vt patet ibi: *Si ob id, quod maritus damni infecti non cauebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis prædij*; &c. At vsucapio, licet lege sit inducta, initium tamen, & processum habet volũtarium, respectu eius, qui patitur vsucapi, vt patet ex d. l. alienationis verbum, ff. de verb. signif. ibi. *Vix est enim, vt non videatur alienare, qui patitur vsucapi*; &c. Vnde colligitur, in vsucapione solum finem, hoc est, dominij adiectionem post tempus lege definitum necessariò fieri.

Nec poterit replicari, quod sicut consideratur voluntas in vsucapione, ita potest considerati in non præstando cautionem de damno infecto, vt patet ex d. l. 1. ff. de fundo dotali, ibi: *Si ob id, quod maritus damni infecti non cauebat*, &c. Quia respondetur: quod licet vtrobique maritus potuisset mederi & vsucapioni, eam interrumpendo naturaliter, aut ciuiliter; & missioni ex secundo decreto, cautionẽ præstando vtriusque tamen causa, quæ sola attenditur, dispar est: nã ex missioni secundo decreto, vitium rei dotalis originem præstat; at vsucapioni negligentia dominorum; quamuis ad complendam vsucapionem immediatè influat continuatio iustæ possessionis tempore lege definito, l. 3. ff. de vsucap. vnde apparet, quod in vsucapione voluntas domini, causam eius, etiam immediatam infringit: verum respectu missionis ex secundo decreto, causam non adimit, cum vitium rei adhuc persistat, sed tantum impedit præstatione cautionis de damno infecto. Ex quo colligitur vitium rei dotalis, non obstante diligentia mariti, effectum aliquem operari, quod non eueniebat in vsucapione.

14 Infertur † secundò intellectus ad nostram l. cum sponsus, 12. §. si res, ff. de Publiciana, ibi; *Si res talis sit, vt lex, aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit*; &c. quæ quidem intelligitur, quando est simplex prohibitio: nam cum inde impediatur vsucapio, iuxta supradicta, benè infert I. c. etiam Publicianam non competere, quasi impeditam; etenim ibi locum habet, vbi vsucapio habere potest, l. sed & si, §. vlt. aliàs, l. cum qui, §. vlt. aliàs, l. traditionem, ff. de Publiciana, l. siue autem, §. hæc actio, eodem tit. & supra latius comprobauimus.

15 Infertur † tandem vera ratio, ob quam res litigiosa vsucapi nequeat, cum videlicet simpliciter alienari prohibeatur, vt patet ex l. 2. C. de litigiosis.

Huic tamen illationi obstat l. 1. iuncta glos. verbo, potest. C. de præscript. longi temporis 10. vel 20. annor. & iuncta l. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ex quibus colligitur, quod res litigiosa potest vsucapi, quamuis simpliciter alienari sit prohibita; & ita glos. in d. l. 1. verbo, ei, asserit, non semper valere hanc consequentiam; *Prohibetur alienari, ergo nec vsucapi*; & mouetur per text. in l. si fundum, ff. de fundo dotali.

Obstat Secundò text. fortis, in l. si post acceptum, ff. de rei vendicatione, ibi: *Si post acceptum iudicium, possessor usu hominem ceperit*; &c. Quibus verbis videtur permissa vsucapio rei litigiosæ, cum tamen iam eo tempore eiusdem simpliciter esset prohibita alienatio, & cum pœnæ adiectione, l. vlt. ff. de litigiosis, & ob id glossa, in l. alienationis verbum, ff. de verb. significat. asserit, propositam regulam, quod simpliciter prohibita alienatione, censeatur prohibita vsucapio, esse limitandam in re litigiosa.

His tamen non obstantibus, vera est nostra illatio, videlicet, ex simplici prohibitione alienandæ rei litigiosæ, sequi inhibitam etiam esse vsucapionem eiusdem. Nec † nobiscum pugnat d. l. 1. C. de præscript. longi tempor. quia loquitur de re, super qua quidem mota fuerat controuersia, sed tamen omissa iam erat, vt patet ibi: *Post motam, & omissam quæstionem*, &c. vt ibi notant Cynus, Baldus, Salicet. Ias. etiam in l. 2. C. de edendo, n. 19. & in l. cum mota, n. 14. vbi Padilla, n. 3. C. de transact. in specie Cuman. in l. vbi lex, in fine, ff. de vsucapion.

16 (marg.)

Vnde cum controuersia fuerit omissa, res definit esse litigiosa, l. 2. ibi: *Lite pendente*; & l. vlt. ibi: *Si quis lite pendente*, C. de litigiosis, & consequenter potest alienari, & vsucapi ab eo, in quem alienata fuerit, d. l. 1. in primo casu; vel etiam vsucapi ab eodem possessore, cum iam alienari possit, dummodò non proficiat ei præcedentis temporis possessio, quæ ciuiliter interrupta fuit, iuxta regulam l. nec bona, 10. C. præscript. longi tempor. 10. vel 20. annorum, l. moræ, 26. C. de rei vendicat. nec etiam profit longi temporis præscriptio, dicta lege prima, in secundo casu; sed omnino requiratur longissima, iuxta legem vltimam, C. de præscript. triginta, vel quadraginta annorum, notat glossa, verbo, potest, in d. lege prima, C. de litigiosis. Atque ita illud operatur ciuilis illa interruptio per motionem controuersiæ, vt præcedens possessio non profit

possit vsucapioni; simulque sufficiat noua longi temporis, sed requiratur longissimi possessio, respectu antiqui detentatoris.

17 Ad † text. verò in d.l. si post acceptum, ff. de rei vendicat. Respondetur, rem, de qua ibi mota fuerat controuersia, non esse petitoris, nec consequenter contra ipsum vsucapionem completam fuisse; quinimmò, esse cuiusdam tertij, qui nihil petebat: & ita quoad vsucapionem complendam contra verum rei dominum, nihil omninò impediebat. Vnde cùm petitor in d. l. si post acceptum, diceret sibi rem illam deberi, nec contra ipsum vsucapio procedebat, nec completa nocebat: argumento text. elegantis in l. 2. ad finem, ff. de in diem adiect. vbi pure vendito fundo, nisi melior sors afferatur, emptor interim dicitur vsucapere posse, & fructus lucrari, & tamen oblata meliori conditione, omnia restituuntur, l. item quod dictum, ff. eodem tit. de in diem adiect. quia videlicet potestas vsucapiendi semper respicit verum dominum; Vnde si venditor in prædicta specie dominus non erat, & ipse possidendo vsucaperet, ita & emptor, qui ab eo causam habet. Sic similiter d.l. si post acceptum, vsucapio procedit contra verum dominum, qui nihil petebat, non contra petitorem, cuius ius non minuebatur ex complemēto vsucapionis; & propterea, si vicerit, ad ipsum pleno iure pertinet, vt exprimit d. l. si post, & ita illa vsucapio rei litigiosæ interdicitur, quæ procederet contra collitigatorem.

18 Nec replicari † potest, quod licet res ista non sit petitoris, nihilominus litigiosa efficitur, & omninò alienari prohibetur, vt euincit generalitas l. 3. & sequentis, C. de litigiosis; Vnde iuxta supra positam à nobis regulam, sicut alienari non poterat, ita nec vsucapi. Respondetur enim, regulam procedere, quando vsucapio procedere debuisset contra eum, cuius respectu prohibitio alienādi interposita, esset: at in d. l. si post, vsucapio quidem solum procedit contra verum dominum rei, qui nullam litem mouebat; & ita nec respectu eiusdem alienatio prohibebatur; cum autem respectu petitoris efficiatur litigiosa, & consequenter inalienabilis, respectu eiusdem vsucapio quoque inhibita censetur, quod non inficiatur, quinimmò supponit text. in d. l. si post.

Vnde illud elegans deducetur, quod res, quę respectu vnius est inalienabilis, & inusucapibilis, possit respectu alterius, esse vsucapibilis, quamuis interim per accidens nequeat alienari, vt euenit in dicta re litigiosa, iuxta modo dicta ad d.l. si post acceptum.

19 Vt igitur † ad antiquam resolutionem reuertamur, quando lex non prohibet simpliciter alienationem, sed secundum quid, hoc est, seruatis aliquibus solennibus, v. g. ne emphyteusis sine domini consensu alienetur, l. vlt. C. de iure emphyteutico, res ciuitatum sine solennitatibus, l. vlt. C. de vendendis rebus ciuit. lib. 11. res minorum sine decreto, tit. ff. de rebus eorum, &c. & tit. C. de prædijs, & alijs rebus minorum, tunc non impeditur vsucapio, si requisita concurrant, titulus videlicet, & bona fides, latè comprobat Gabr. lib. 5. Com. in. tit. de præscript. conclus. 13. num. 19. Et hinc est, quod prædia vectigalia vsucapi possunt, l. si finita, 15. §. si de vectigalibus, vers. sed in vectigali, ff. de damno infecto; res etiam impuberum, l. 2. §. si à pupillo, ff. pro emptore; quibus casibus Publiciana competet, sicut & in omnibus, in quibus vsucapio procedit, glos. verbo, non possunt, in l. siue, §. hæc actio, ff. de Publiciana.

Quando verò dico requiri bonam fidem, intelligo iustam credulitatem, v.g. in rebus minorum, quæ sine decreto alienari nequeunt; existimationem emptoris venditorem esse maiorem 25. annis, in rebus verò, quæ à puberibus alienari possunt, requiri opinionem emptoris, venditorem esse puberem: non tamen intelligo, putare emptorem res minorum posse sine decreto, alienari, vel res impuberum indistinctè, hoc enim esset error iuris, qui vsucapióni non prodest, l. nunquam, ff. de vsucap. & ita euitatur obiectio Imolę, in d. §. si à pupillo, num. 22.

Nec iam obstabunt text. noster in d. l. cum sponsus, §. in vectigalibus, ff. de Publiciana, l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin. d. l. 2. §. si à pupillo, vers. & ideo, nec de euictione.

20 Nam in primis † ad d. §. in vectigalibus, vltra supradicta respondetur, quod licet vectigalia, & alia similia prædia, regulariter vsucapi nequeant, propter defectum tituli, v.g. solennium, quæ interuenire debebant; & insuper bonæ fidei; qui defectus in dubio non præsumitur, nisi iustus facti error probetur, & consequenter tunc temporis Publiciana non competat: attamen si forte bona fide tradita sint, cum tunc ratione bonæ fidei, ac iustæ possessionis vsucapio procedat, ad supplendum defectum solennium aliàs requisitorū, Publiciana etiam competet. Atque ita text. in d. §. in vectigalibus, non vult, vt casu, quo vsucapio inhibetur, Publiciana competat: immò iuxta principia iuris supponit, quod quando vsucapio procedere nequit, Publiciana non competat; secundum l. sed etsi, §. vlt. l. siue autem, §. hæc actio, ff. de Publiciana: sed tātum afferit, quod licet vestigalia prædia regulariter vsucapi nequeant ex suprapofita ratione, si tamen fortè (hoc est, si casu aliquo contra pręsumptionem iuris) bona fide prædicta prædia tradita fuerint,

rint, hoc est, iustus facti error fuerit probatus, tunc, cum vsucapio admittatur, Publiciana etiam competat.

21 Præterea, non † obstat d. l. bonæ fidei, ibi: *Veluti si pupilli sit*; &c. ff. de acquir. rerum domin. vbi probatur bona impuberum esse inusucapibilia, cum iuxta supra dicta, eorum alienatio simpliciter non prohibeatur.

Nam in primis in alia editione, quam ex Diouisio Gothofredo habemus, & ex Græcis interpretibus refert Cuiacius, lib. 11. Obseruat. cap. 12. aliter legitur, nempè: *Veluti si populi sit*; Secundum quam cessat difficultas: quia vsucapio tunc temporis, vel omninò non procedit, veluti si quis rem vsibus publicis destinatam bona fide emat, quæ inusucapibilis est, vtpote quia ex communi, quæ ab aliquo priuatim possideri nequit, l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verb. oblig. vel aliquando procedet, si sit ex ijs ciuitatis rebus, quæ certis solennibus adhibitis alienari possunt, iuxta l. vlt. C. de vendend. rebus ciuit. lib. 11. l. sed Celsus, §. in fine princip. ff. de contrah. empt. vt ait glos. in l. vlt. C. de sacros. eccles. Suarez allegat. 15. num. 2. Couar. pract. cap. 37. in fine, Aucodanus, de exequend. mandatis, lib. 1. cap. 12. nu. 10. & in hac secunda specie rerum populi procedit vsucapio, iuxta supradicta.

22 Quinimmo, etiamsi † in d. l. bonæ fidei, fiat mentio rerum pupilli, non verò populi, (quod rectius esse agnoscit Cuiacius, d. cap. 12.) adhuc non obstat: quia tantum euincit, vt in dubio dicamus, rem pupilli inusucapibilem regulariter esse: quia scilicet deficiente tutore & decreto, & causa æris alieni, distrahi non poterat, iuxta l. magis puto, §. si æs alienum, ff. de rebus eorum, &c: & ita procedat d. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin.

Nihilominus tamen, si detur titulus putatiuus, ac probetur ex iusto facti errore, & consequenter bona fides interueniat, vsucapio admittetur, iuxta d. l. 2. §. si à pupillo, quæ ita debet conciliari cum d. l. bonæ fidei, an autem d. §. si à pupillo, hodie procedat, propter l. vlt. C. in quibus causis in integrum? & negatiuè respondet glos. in l. etiam ei, ff. de minoribus, nisi casus talis fuerit, qui attento iure antiquo, absque remedio restitutionis vsucapionem cōtra pupillum produceret. Manet itaque concordia inter d. §. si à pupillo, & d. l. bonæ fidei, quidquid aliæ conciliationes, à glos. in d. l. bonæ, verbo, pupilli, & Doctoribus tradantur, quas apertè diuinatiuas, aut falsas esse constat.

23 Non obstat † tandem principaliter d. §. si à pupillo, vers. & ideo, vbi I. c. apertè concedit vsucapionem, & denegat Publicanam; quod est contra supra positam regulam: nam vltra varias solutiones, de quibus Padilla in l. 2. nu. 30. C. de seruitutibus. Mainus, lib. 2. action. cap. 2. pag. 2. reiecto itidem Cuiacij intellectu ibidem, qui dicit verba illa in d. vers. & ideo, nempe: *Nec Publiciana competit*, esse spuria, ac supposititia, & esse contra lectionem Constantini Græci interpretis; periculosum etenim est, & contra fidem omnium librorum, ac etiam Florentinorum, prædicta verba dispungere, præsertim cum rectè procedant, vt inferius ostendemus.

24 Respondetur † Primò, text. in d. vers. & ideo, non decidere, quod casu quo vsucapio procedit, Publiciana non competat: sed tantū inquit, quod licet de rigore à furioso celebrata venditio nulla sit; & tunc nec etiam de rigore actio de euictione, nec Publiciana competat, nec accessio possessionis, tamen postquam vtilitatis causa receptum est, vt talis venditio cum iusto facti errore prosit vsucapioni, sequitur etiam Publicianam competituram, iuxta l. sed etsi, §. Marcellus, vbi id exprimitur, ff. de Publiciana, & sicut diximus, quod eo casu, quo vsucapio locum non habet, cessat Publiciana; ita è contrario, quando vsucapio procedit, debet Publiciana locum sortiri, & ita in priuatis scholis respondebat insignis Senator Lusitanus, ac primarius iuris ciuilis professor, & præceptor meus semper colendus, Rodericus Lopez a veiga, qui pace fruatur.

Verum, licet hæc interpretatio, vtpote doctissimi, ac subtilissimi viri, non incongrua videatur, attentis nimirum huius materiæ generalibus principijs, literæ repugnat, ibi: *Constitutum est, capere vtilitatis causa me posse, quamuis nulla esset venditio; & ideo neque de euictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis*; &c. nam si text. intelligeret, supposito, quod venditio de rigore nulla est, Publicianam etiam de rigore non competere; supposito verò, quod ex tali venditione vsucapio vtilitatis causa recipitur, debere Publicianam competere, diceret text. per verba subiunctiui; *Et ideo neque de euictione actio nasceretur mihi, nec Publiciana competeret*; &c. vt ita videretur illatio proueniens ex illis verbis, *Quamuis nulla esset venditio*; vbi I. c. vtitur verbo subiunctiui, quod tamen aliter se habet, vt patet ex textu.

25 Præterea, † dicta interpretatio ex eo etiam venit reijcienda, quia non bene infert à venditione nulla, ad excludendam Publicianam; nec id vult I. c. in d. vers. & ideo: nam Publiciana immediatè regulatur secundum vsucapionem, vt supra ostendimus; vnde si I. c. à contractu nullo inferret ad exclusionem Publicianæ, prius vsucapionem excluderet, quod non ita fecit. Quinimmo, nec ex actu nullo, simpliciter

pliciter

pliciter inferendum est ad explodendam vsucapionem, & Publicianam; cum in venditione facta ab impubere procedat vsucapio, & Publiciana, & tamen nulla est venditio, d. §. si à pupillo; Item prædiorum vectigalium nulla est venditio nõ seruatis solennibus; & tamẽ Publiciana competit, d. l. eum sponsus, §. in vectigalibus, ff. de Publiciana, ergo ex nullitate contractus non statim negari debet Publiciana.

Tandem non est credibile, illationem, quã facit I.c. deduci ex verbis in dubitationem allatis, qualia esse constat illa: *Quamuis nulla esset venditio*; non verò ex verbis decisiuis, quę præcedebant, vt inferius ostendemus.

26 Pro † vero igitur sensu eruendo, resoluendum est, d. vers. & ideo, non esse iungendum cum prædictis verbis, ibi: *Quamuis nulla esset venditio*; quia quasi per parenthesim, & in rationem dumtaxat dubitandi apponuntur: sed potius cum illis, ibi: *Constitit vsucapere vtilitatis causa me posse*; quasi dicat, quod cum in venditione, quæ à furioso fit, deficiant omninò requisita veræ venditionis, (deficit enim consensus, contra princip. Inst. de oblig. quę ex consensu, &c.) non debebat vsucapio sequi; sed vtilitatis causa receptum est, vt tunc iustus facti error sufficiat ad vsucapiendam rem, furiosi, contra ipsum met furiosum, qui vendendo dominium transferre non poterat, &c.

Nihilominus tamen cum hęc vsucapio non procedat secundum iuris regulas, nec in venditione facta a furioso eadem detur ratio, quæ in casu præcedenti, quando scilicet emitur à pupillo iam proximo pubertati, (qui ob id, iã pubes existimabatur, & sola tunc extrinseca tutoris solennitas deficiat) sed sola vtilitas id recepit: eadem tamen publica vtilitas non patietur, vt furiosus teneatur de euictione, si res aliena ab illo vendita, cuicta fuerit: nam ex eo tenetur venditor de euictione: quia habuit animum vendendi, & de facto vendidit; quod omnino deest in furioso, per text. elegantem in l. 2. §. furiosus, ff. de iure codicillorum, iuncta glos. ibidem, verbo, nec quicquam. Nec emptore casu à possessione cadente, quæ iterum ad furiosum perueniat, contra furiosum competet Publiciana, ex textu optimo in l. vlt. ff. de Publiciana, ibi: *Eiusque rei argumentum est primò æquitas*; &c. nam furiosus secundum iuris censuram, non est credendus vendidisse, iuxta supradicta. Nec itidem reclamante curatore furiosi, aut ipso sanæ mentis effecto (adhuc possidente emptore) accessione temporis, qua furiosus possedit, se tueri poterit emptor ad cõplendam vsucapionem contra ipsum furiosum: quia ius accessionis in sola æquitate consistit, l. de accessionibus, 14. ff. de diuers. & tem por. præscript. & in propositis terminis æquitas deficit: & ita limitatur §. diutina, vers. inter venditorem. Inst. de vsucap.

Atque ita concludimus in d. §. si à pupillo, vers. si à furioso, causam vtilitatis publicæ, quę vsucapionem admittebat (vt alias considerat Ant. Faber, lib. 1. Coniectural. cap. 18.) deficere omninò in Publiciana, secundum propositos terminos, hoc est contra furiosum; sicut & in actione de euictione, & in accessione possessionis, quæ in persona furiosi præcesserat.

27 Nec iam † obstabit d. l. sed etsi, §. Marcellus, aliàs l. eum, qui, in princip. ff. de Publiciana, dum inquit, *enim, qui à furioso, ignorans eum furere emit, posse vsucapere: ergo, & Publicianam habebit*: nam omissis alijs diuinatiuis conciliationibus, responde cum glos. ibidem, verbo, ergo, in vltima solutione, d. §. si à pupillo, vers. si a furioso, iuncto vers. & ideo, procedere respectu furiosi, vt videlicet, licet, vsucapio contra ipsum recipiatur, non ita tamen Publiciana, ex. ijs, quæ supra attulimus. Hic verò loqui I.c. quando emptor non contra furiosum, à quo emit, sed contra tertium qui possessionem casu obtinuit, vti vult Publiciana; quod glos. suadet elegãti similitudine, ex l. & si is, 9. C. de prę dijs, & alijs rebus minorum. Sequitur Imola, in d. §. si a pupillo, nu. 23. vers. in glos. super verbo, Publiciana.

Quæ solutio, mihi vltra quàm quod vera videatur, ex eo insuper suadetur, quod d. vers. & ideo, loquitur copulatiuè in actione de euictione, quæ solum contra venditorẽ, (qui in d. text. furiosus erat) potest competere: & ideo nihil mirum, quod in ijsdem terminis, & Publiciana, & accessio possessionis sumatur, videlicet contra furiosum. At d. §. Marcellus, vel aliàs d. l. eum, qui, in princip. solum meminit Publicianæ, post vsucapionem: & ita præsumi potest, intelligendum esse, quando contra tertium, & non contra ipsum furiosum venditorem intentatur. Cur autem in vno casu detur, in alio verò cesset Publiciana; id procedit ex diuersitate rationis, quæ à prædictis colligitur.

28 Ex quibus † apparet, quod licet regulariter, tam affirmatiuè, quàm negatiuè valeat argumentum ab vsucapione ad Publicianam, vel è conuerso, vt expressit glos. in §. sed istæ quidẽ, à nu. 16. cum sequenti, Inst. de actionibus, cuius resolutio mihi multum arridet, & est regulariter verum, quidquid dicat Bald. in l. nihil, C. de vsucap. pro hærede, & in l. 1. col. 10. C. si plures vna sententia, quidquid etiam dicat Balb. de præscript. 2. parte, tertiæ princip. quæst. 12. nu. 9. & Minsynger. in §. namque si cui, nu. 48. Inst. de actionibus, & in negatiuè concepto argumento, quando videlicet non procedit

procedit vsucapio, non etiam competat Publiciana, vltra text. clarum in l. siue, §. hæc actio, ff. de Publiciana, iã supra iuribus, & rationibus ostendimus; In conuerso uerò negatiuo, an nimirum, quando non competit Publiciana, nec etiam procedat vsucapio; puto quoque regulariter procedere: nam frustra diceretur contra aliquem, quasi vsucaptam rem, quę verè vsucapi nequit: qui autem vtitur Publiciana, quasi vsucaptum petit, §. namque si cui, Inst. de actionibus.

29 Dixi, † regulariter, in hoc proximo argumento conuerso negatiuè, propter d. §. si a pupillo, vers. si à furioso, vbi contra furiosum nõ competit Publiciana, & tamen vsucapio procedit, vt supra ostendimus: quod quidem ab ea speciali ratione nascitur, quòd in terminis d. uers. si a furioso, vsucapio introducitur ob vtilitatem publicam, non verò de rigore: & ideo nihil mirum, quod inducta vsucapione ex vtilitate publica, contra iuris regulas, non inducatur Publiciana contra eundem furiosum vendentem, deficiente æquitate, cui Prætor innititur; & in his terminis admitterem sententiam Balbi, vbi supra, quæst. 8. nu. vlt. & quæst. 12. nu. 9. vt videlicet indistinctè nõ ualeat argumẽtum negatiuè conuersum, v. g. non competit Publiciana, ergo nec usucapio. Fallit enim in d. uers. si à furioso.

30 Vnde, † si in d. vers. si à furioso, termini uariarentur, nimirum, ut non contra furiosum uendentem ageretur, sed contra tertium aliquem: tunc indistinctè existimo, sicut usucapio procederet, ita Publicianam competituram, quod sat suadet d. l. eum, qui, ff. de Publiciana, ut supra latè sumus interpretati.

SVMMARIVM.

Latè igitur de intellectu, & materia l. si à Titio, ff. de rei vendicat. l. apud Celsum, §. si a Titio, ff. de except. doli, & l. si à Titio, ff. de except. rei venditæ, & traditæ. à nu. 1. per totum.

Vendita re aliena, quæ postea facta fuit venditoris, dominium venditori superueniens non statim, & indistinctè transfertur in emptorem. d. nu. 1. & num. 6.

Doctores communiter limitant l. quoties, C. de rei vind. in terminis nostræ l. si à Titio, num. 2. de ratione vide omninò, nu. 10.

Quando duo emunt à diuersis, alter à non domino, alter verò à domino: iste posterior indistinctè prę fertur. nu. 4. & nu. 9.

Procurator, qui ante litem contestatem domino defuncto succedit, procurator esse desinit, & consequenter stipulatio de iudicatum soluendo, extinguitur, nu. 5. & nu. 13.

Explicatur l. si ante acceptum, 7. vers. & ideo, ff. iudicatum solui. nu. 5. & nu. 12. cum seq.

Quando ab eodem venditore eadem res duobus successiuè vendita, & tradita est, & venditor post primam venditionem dominus rei factus est, & ita dominium transtulit in secũdum emptorem: prior, cui res adhuc aliena tradita fuit, præfertur in Publiciana, & rem secundo auocabit. num. 7.

Venditor, qui duobus successiuè eandem rem uendit, & tradit, in posteriorem emptorem nihil omninò censura iuris transtulisse creditur, quamuis à parte rei transtulisset. ibidem.

Limitatur l. ult. ff. de Publiciana. nu. 8.

Quando dominus rei habet causam ab eo, à quo etiã is causam habet, qui Publiciana utitur, dominus rei uincetur. ibidem. ubi tamen declaratur.

Limitatur notabiliter nostra l. si à Titio. ff. de rei vend. nu. 8. ad finem.

Explicatur l. si ea res, §. ult. in fine, ff. de act. empti. nu. 9. & 11.

Publiciana non ad petendum dominium, sed ad auocandam possessionem competit. nu. 13.

Qui agit rei uendicatione competente ratione uenditionis, debet docere de pretio uenditionis soluto. num. 15.

Qui agit Publiciana contra uenditorem eiusdem rei, ut obtineat, debet docere de pretio soluto. d. numero 16.

Obiter intelligitur l. si quis alienam rem, ff. de act. empti. ibidem.

Non datur actio ex empto, quin pretium solutum, aut aliundè satisfactum sit. ibidem.

Non competit exceptio rei uenditæ, si pretium solutum non est, uel habita fides de eo. ibidem.

Elegans limitatio ad nostram l. si à Titio, & d. l. apud Celsum, §. si a Titio. & d. l. si à Titio. numero 17.

Explicatur l. de pretio; ff. de Publiciana, num. 18. & num. 20.

Qui Publiciana utitur contra eum, qui ab eodem uenditore causam habet, ut obtineat, docere debet de pretio uenditionis soluto, nu. 19.

Quando ab eodem non domino, eadem res duobus successiuè uenditur, & traditur: prior emptor obtinebit, quamuis secundus possideat. nu. 21.

Qui ratione rei sibi uenditæ, & traditæ, agit Publiciana contra tertium, qui ab eodem uenditore causam non habet, non tenetur docere de pretio uenditionis soluto. nu. 20.

Explicatur l. si debitor, ff. de pignoribus, num. 22. & num. 26.

Quando duobus eadem res ab codẽ debitore, pignori datur, præfertur possessor, non uerò cui priori tradita sit. ibidem.

Quando eadem res à diuersis non dominis successiuè vendita, & tradita est duobus, ille præfertur, qui possidet. nu. 25.

Explicatur l. siue autem, §. si duobus, vers. quod si à diuersis,

diuersis, ff. de Publiciana. ibidem.

Quando illi duo, qui à diuersis non domini eandem rem emunt, non possident in concursu Publiciana intentanda, præfertur ille, cui priori res tradita fuit. ibidem.

Explicatur d.l. si ea res, §. vlt. in primo responso, ff. de act. empt. ibidem.

Quando alteruter ex duobus, quibus eadem res aliena vendita, & tradita est, Publiciana citra concursum vtitur contra tertium, indistinctè obtinebit, siue sit prior, siue posterior emptor. ibidem.

Explicatur communis Doctorum traditio, quæ asserit Publicianam non dari contra titulo possidentem. num. 28.

Publiciana non datur contra possidentem titulo pro hærede, nu. 29. Declara tamen, numero 31. in fine.

Titulus pro hærede est verus, & iustus titulus. ibidem.

Petitio hæreditatis non datur contra possidentem titulo iusto, nu. 30. Et de ratione, vide nu. 31.

Cur petitio hæreditatis non datur contra possidentem titulo pro hærede. nu. 31.

CAPVT XVIII.

Ad Vlp. in l. si à Titio, ff. de rei vendicatione.

1 ITa scribit † Vlp. lib. 16. ad edictum. *Si à Titio fundum emeris Sempronij, & tibi traditus sit pretio soluto: Deinde Titius Sempronio hæres extiterit, & eundem alij vendiderit, & tradiderit: æquius est, vt tu potior sis: nam etsi ipse venditor eam rem à te peteret, exceptione eum summoueres; sed & si ipse possideret, & tu peteres, aduersus exceptionem dominij, replicatione vtereris.* Sibi similis est, Vlp. in l. apud Celsum, §. si à Titio, ff. de except. doli; & Pompon. omninò concordat, in l. si à Titio, ff. de except. rei venditæ, & traditæ.

Asserit itaque Vlp. priorem emptorem præferendum esse; obstat tamen text. in l. quoties, 15. C. de rei vendicat. vbi ille ex emptoribus præfertur, in quem ex traditione translatum est dominium; constat autem in specie huius text. dominium in secundum emptorē tantum fuisse translatum, ergo, &c. Probatur minor propositio: nam in terminis huius text. supponitur, primum emptorem, cui res tradita fuit, dum erat aliena, vel ante dominij translationem ab illius possessione cecidisse, & iterum ad vēditorem reuersam fuisse: aliàs enim nulla esset dubitandi ratio, cum dominio translato in primum emptorem, nihil iuris ramaneret in venditore, quod in secundum emptorem traduci potuisset, iuxta regulam l. nemo plus, ff. de regul. iuris. Casu autem, quo eadem res ad venditorem remeabat, nondum facta primi emptoris, dominium in eundem ipso iure non transfertur; quamuis penes eum adhuc res extaret, vt expressit glos. in præsenti, verbo, replicatione, & verbo, potius, in l. vlt. ff. de Publiciana; cuius sententiam infrà latius probabimus. Igitur res pleno iure fuit in potestate uenditoris, qui alij vendens, & tradens, in hunc secundum emptorē omne illud plenum ius transtulit, vt satis innuit text. noster, & iura conformia. Hic ergo secundus emptor, vtpotè, prius factus dominus, debet præferri primo emptori, in quem adhuc dominium translatum non erat; & ita obtinere d.l. quoties, C. de rei vendicat.

2 Vnde, † pondere difficultatis oppressi Doctores dicunt, d. l. quoties, limitari in terminis nostri text. in d.l. si à Titio, ff. de rei vendicat. vt videre est per Roman. conf. 270. col. 1. quē sequitur Hyppolit. Singulari 82. Gomez. 2. tomo, cap. 2. nu. 20. vers. septimo principaliter: Couar. lib. 2. var. resolut. cap. 19. nu. 7. vers. octauò, qui nullam rationem limitationis reddunt, & propterea adhuc persistere videtur suprapofita difficultas.

3 Nec effugi † potest ex eo, quod primo emptori rei alienæ, statim competijt Publiciana, si ex iusta causa, & bona fide rem accepit, l. 1. ff. de Publiciana. §. namque si cui, Inst. de actionibus. Replicatur enim, quod quamquā in Publiciana ille præfertur (data pari causa, videlicet, quando duobus eadem res aliena vēdita est) cui primo loco tradita fuit, in dispari tamen causa, quando nimirum, ex parte primi emptoris datur Publiciana, ex parte verò secū di dominium, & rei vendicatio: non debet prior emptor sola Publiciana suffultus præferri secundo, qui verè dominium habet, vt pro regula ponunt I. c. in l. penult. & l. vlt. ff. de Publiciana.

4 Accedit † contra nostrum text. l. si ea res, §. vlt. ff. de actionibus empt. ibi: *Sed si alter ex nobis, à domino emisset: is omnimodo tuendus est*; vbi deciditur, quod quando duo emunt à non domino, ille præfertur, qui possessionem rei prius apprehendit; quando verò alter à non domino, alter à domino emit, qui à domino emit, indistinctè præfertur, siue ante, siue postea, rei possessionem fuerit adeptus; At in specie nostri text. primus emptor a non domino emit; & secundus ab eodem iam domino

mino effecto emit, ergo preferēdus videbatur.

5 Obstat † tandem Caius I. c. in l. si ante acceptum. 7. ff. iudicatum solui, ibi; *Et ideo si is, qui procurator datus est, hæres extiterit domino, atque ita acceperit iudicium: siue etiam prohibitus acceperit, non committitur stipulatio;* &c. iunctis verbis præcedentibus, ibi: *Sed oportere etiam causam personæ eandem esse, quæ stipulationis interponendæ tempore fuit;* &c. vbi successio hæreditaria, (cum fictione iuris mutet personam, text. in Auth. de iure iurando à moriente præst. in princip. collat. 5.) mutat etiam obligationem procuratoriam, ergo similiter, & in nostro textu, successio, per quam quis dominium rei à se prius vt alienæ venditæ, acquirit (cum tale dominium præstetur hæredi, prout repræsentat defunctum) efficiet etiam, non ob id denuò posse obligari tamquam venditorem dominum, qui tempore venditionis non fuerat.

6 Nec pro † intellectu text. nostri potest considerari, quod superueniens dominium venditori rei alienæ, statim ipso iure transferatur in primum emptorem; nam vltra supradicta, cōtrarium tradit glos. verbo, conuenit, & verbo, extiterit, in l. cum vir prædium, ff. de vsucap. vbi afferit, quia à non domino emit, venditore postea domino facto, non aliter tutum esse, quam exceptione: & ita supponit in venditore vendicationem manere, & consequenter dominium, l. in rem, ff. de rei vendicat. idem tradit glos. verbo, intelligeretur, in d. l. apud Celsum, §. si a Titio, ff. de except. doli; & satis clarè innuit noster §. si à Titio. ibi; *Aequius vt tueatur sit;* &c. & ibi; *Aduersus exceptionē dominij;* &c. vbi si venditor factus sit dominus rei, quam vt alienam vendiderat, non fit eo ipso in emptorem dominij translatio; cum text. dicat venditorem, si iterum possidear, habere exceptionem dominij; licet per replicationem emptoris (qua venditor adstringitur obseruare contractum, iuxta text. in l. si quis alienam rem, ff. de act. empt.) elidatur; vt in specie notat Bologninus, & alij, in nostro textu.

7 Verum † prædictis difficultatibus non obstantibus, optimè respondet Vlp. in nostra l. si à Titio, & similia iura; & vt aptius procedamus, cessentque obiectiones, duo casus distinguendi sunt; Primus est, quando secundus emptor, in quem dominium translatum est, habet causam ab eodem venditore, qui prius eādem rem, quatenus aliena erat, alij tradiderat. Secundus casus est, quando primo emptori res tradita est aliena, & eo fortuito cadente à possessione, res quidem reuertitur non ad venditorem, sed ad verum dominum, qui eam alij vendidit, & tradidit.

Quod attinet ad primum casum, resoluo, quod sine dubio in secundum emptorem in terminis nostri textus dominium translatum est, ex ratione l. quoties, C. de rei vendicat. quod eo vsque in primum non fuerat traductum, vt supra ostendimus; nihilominus tamen, cum ex priori uenditione rei licet alienę, acquisita esset Publiciana in rem actio contra venditorem, etsi dominus postea factus fuisset, l. si a Titio, in fine, ff. de except. rei venditæ & traditæ, l. apud Celsum, §. si a Titio, ff. de except. doli, consequenter etiam eidem competet contra secundum emptorem, qui ab eodem venditore causam habet, & ita expressè decidit nostra l. si a Titio, ff. de rei vendicat. vbi Bart. & reliqui, & d. l. si a Titio, & d. §. si a Titio,

Ratio huius resolutionis est; quia quando contra venditorem postea dominum factum, competit Publiciana, qui agit, rem petit, quasi vsucaptam, iuxta §. namque si cui, Inst. de actionibus, & latè probauimus in cap. praecedenti, & consequenter illā petit, vt suam, & ex tuitione Prætoris istæ primus emptor iam dominus censetur: & eo magis, quandò uenditor postea dominus factus est. Vnde, licet attenta seueritate iuris, in terminis nostri tex. in secundum emptorem translatum fuerit dominium, nihilominus tamen ex dicta iuris interpretatione, nullum videtur in eum traductum, quasi iam tempore secundæ venditionis non fuerit in bonis uenditoris, vt eleganter ostendit Vlp. in d. §. si a Titio. ibi; *At per hoc intelligeretur, eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.*

8 Ex quibus † notabilis limitatio deriuatur ad l. vlt. ff. de Publiciana, (vltra alias, quas tradit Cuiac. lib. 10. Obser. cap. 6.) ubi deciditur, Publicianam non dari contra dominum rei; vt uidelicet non procedat, quando iste dominus causam habet ab eodem, a quo etiam causam habet ille, qui Publiciana experitur: nam sicut hic contra uenditorem dominum factum obtineret, quinimmo, illum cogere posset, vt dominium superueniens transferret, vt notat glos. scholio vlt. in nostro textu, bene sequitur, obtenturum quoquè contra secundum emptorem, ut rem dimittat, cum in eum uenditor plus iuris traducere nō posset, quàm in se haberet, l. nemo plus iuris, ff. de regul. iuris. Faciunt, quæ in simili tradit glos. uerbo, petentis, a medio, in l. siue, §. si duobus, ff. de Publiciana.

Quod tamen intelligo, quandò præfatus rei dominus, dominium habuit immediatè a uenditore communi: alioquin, si in sua persona formatum fuerit, veluti vsucapione, tunc indistinctè obtinebit in iudicio; nec enim ha-

bet causam a venditore communi, sed tantum occasionem; & iterum locum habebit d. l. vlt. & per consequens notabiliter cessabit nostra l. si a Titio, quia tantum loquitur, quando secundus emptor immediatè per venditionem dominium a communi uenditore quæsiuit: nō ita, si occasione venditionis in secundo emptore formetur, v.g. vsucapione.

9 In secundo † uerò casu, quando v. g. primus semper ab vno non domino causam habet, & secundus ab altero vero domino: resoluo priorem emptorem non præferendum posteriori ab alio, & vero domino causam habenti, vt expressit Neratius, in l. si ea res, 31. §. vlt. in fine, ff. de act. empt. cessat enim in hoc casu ratio suprapolita, & uerè militat l. ult. ff. de Publiciana, excipe tamen casum, quem tradit glos. verbo, petentis, ad fin. in l. sine, §. si duobus, ff. de Publiciana, & uerbo, tuendus, in d. §. vlt.

Quibus præhabitis, iam non obstant supra obiecta: nam ad Primum ex d. l. quoties, re-
10 spondetur, † procedere, quando primus emptor ob defectum traditionis, solam quæsiuit actionem personalem aduersus venditorem, qui alij postea uendidit, & tradidit: non uerò, quando primo emptori ob traditionem ritè factam, quæsita fuit actio realis, qualis est Publiciana, iuxta tit. ff. de Publiciana in rem act. & clarissimè docet Imp. in §. namque si cui, iuncto §. præcedenti, Inst. de actionibus; quæ quidem actio obtinet contra communem uenditorem, & per consequens, contra eum, qui ab eodem causam habet, ad præcisam rei traditionem; & ita procedit nostra l. si a Titio, ff. de rei uēdicat. cum similibus, & Bart. vtrobique, quem reliqui sequuntur; & ita apparet ratio limitationis ad d. l. quoties, quam faciebant supra relati Doctores.

11 Non obstat † Secundum ex d. l. si ea res, § ult. ff. de act. empt. quia respondetur, eo tantum casu præferri, qui à vero domino causam habet, quando non idem, & communis fuit vtrobique venditor, iuxta supra positam in secundo loco resolutionem, in qua dumtaxat procedit d. l. si ea res, §. vlt. secus, quando vnus, & idem duobus vendidit, & tradidit; licet secundum iuris rigorem in secundum emptorem in tantum dominium transtulerit; ex dictis in prioris casus resolutione, tradit in specie glossa, verbo, tuendus, in d. l. si ea res, §. vlt.

12 Vltima † tandem remanebat difficultas ex d. l. si ante acceptum, ff. iudicatum solui: quā supra induximus contra nostram l. si à Titio, quam etiam ibidem opponit, sed non soluit glos. verbo, peteres, in fine. Bart. in eadem nostra l. si a Titio, ad finem, primò respondet in d. l. si ante, agi de iure personali: at in nostro textu, de iure reali. Sed reijcitur: quia sicut in nostra lege, successio superueniens venditorem effecit dominum, qui antea non erat: ita in d. l. si ante, eadem successio hæreditaria vestiuit procuratorem persona testatoris promittentis, cuius loco reponitur: ergo vtrobique idem operari debebat successio, si ad repræsentationem veri domini, vel promittentis respiciamus, & ideo Bart. istis suæ concilia tioni non acquiescens, se remittit ad l. Iulianus, ff. qui satisdare cogantur, quæ tamen ad propositam difficultatem tollendam nequaquam aptari potest.

13 Facilius soluę, † vt in nostra l. si à Titio, propterea mutatio superueniens in persona venditoris circa qualitatem dominij, nihil immutat de obligatione, qua tenebatur primo emptori: quia primus emptor, solo iure, quod ex traditione rei venditæ acquisiuit, experitur, vt ostendit l. 1. ff. de Publiciana, §. namque si cui, Inst. de actionibus: nec cogit venditorem, vt dominium transferat, quod non vt venditor, sed vt hæres habet; & ita Publiciana sufficit in hoc casu, iuxta nostram l. si à Titio, ad finem, quæ non datur ad petendum dominiū (cum immò sub colore quæsiti dominij proponatur d. §. namque si cui) sed ad auocandam possessionem, à qua casu ceciderat; qua denuo obtenta à vero domino, dominium in consequentiam consequitur. At verò obligatio d. l. si ante, cum tractum habeat successiuum, ità durat, si persona comprehensa in stipulatione, judicatum solui, non mutetur, vt patet ibi: *Nam, vt committatur, non sufficere ait, cum ea persona acceptum esse iudicium, quæ stipulatione comprehensa est, sed oportere etiam causam personæ eandem esse, quæ stipulationis interponendæ tempore fuit;* &c. Secundum quæ actus iste semper pendet ante acceptum iudicium, hoc est, ante litem contestatam, quo tempore procurator ex propria persona dominus liti efficitur, obligatio verò de qua in nostra l. si à Titio, non pendet, sed statim consequitur plenarium effectum: & ita nil amplius desiderat in persona venditoris, vt respectu ipsius, & eorum, qui ab ipso causam habent, tutus sit emptor. Vnde si venditor postea factus dominus eamdem rem sine vitio posséderit, ab eo tanquam a pristino venditore, poterit quasi uendicari per emptorem; nec exceptio dominij, quod ex successione denuo sortitus est, obesse potest, vt asserit nostra l. si à Titio, quia tunc cessat æquitas de qua agit l. vlt. ff. de Publiciana, nec enim Prætor fictionem iuris ciuilis (secundum quam venditor nondum, & alius dominus videbatur per repræsentationem defuncti) voluit considerare contra naturalem æquita-

bus verbis colligitur, posse rem esse inusucapibilem, & tamen competere Publicianam actionem.

Verum obstat Vlp. in l. sed & si, 7. §. vlt. ff. eodem tit. de Publiciana, ibi: *Publiciana eum experiri non posse, qua vsucapere non poterat;* &c. vbi pro regula denegat Publicianam, vbi vsucapio locum habere nequit. Consentit idem Vlp. in l. siue autem, 9. §. hæc actio, ff. eodem tit. vbi denegat Publicianam respectu rei furtiuæ, & serui fugitiui, quia vsucapi nequeant. Et satis id euincit intentio Prætoris, dum Publicianam concedit, iuxta §. namque, Inst. de actionibus, cum scilicet per eam dicat quis vsucepisse, quod non vsucepit: quæ perperam esset, nec admitti quiuisset, si quis diceret, se rem vsucepisse, quæ vsucapi non potest, & facit, quod tradit Ias. in §. sed istę quidem, numero vndecimo, & numero decimoseptimo, dum securè asserit, valere hanc consequentiam: *Non procedit vsucapio, ergo nec Publiciana.*

2 Tandem † magis in specie obstat text. in l. si finita, §. si de vectigalibus, vers. sed in vectigali prædio, ff. de damno infecto, vbi ita scribit Vlp. *Sed in vectigali prædio si municipes non cauerint: dicendum est, dominium per longum tempus acquiri.* Ex quibus verbis manifestè ostenditur vectigalia prædia vsucapi posse.

Varias solutiones colliges ex glossa hic, verbo, non possunt, Balb. 4. parte, quæst. 9. nu. 34. Alciat. lib. 3. Dispunct. cap. 10. Cuiac. in l. 4. §. vlt. verbo, libertatem, ff. de vsucapion. & in l. 2. §. si quis à pupillo, ff. pro emptore. Forcatul. Dialog. 19. nu. 3.

3 Communis † solutio est, nō posse prædicta prædia vectigalia vsucapi quoad dominium directum, & in eius præiudicium: sed quoad vtile tantum, & ita in præiudicium dominorum vtilium, glos. hic, verbo, non possunt, in vltima solutione; & ita est communis ex Iasone, in §. sed istæ quidem, à nu. 12. & num. 86. Inst. de actionibus, Minsynger. in §. namque si cui, num. 26. Inst. eodem tit. vbi de communi etiam testatur. Forcatul. vbi supra. Vallasc. de iure emphyt. quæst. decimaquarta, numero sexto.

Hæc autem communis concordia est contra text. in d. l. si finita, §. si de vectigalibus, vers. sed in vectigali prædio, vbi I. c. inquit, quod si vsucapio procedat contra eum, qui vtile tantum dominium habet, vtile solum acquiritur ea completa, vt patet ibi: *Post quod decretum vtili actione vti poterit;* &c. iuncta glos. ibidem, verbo, vectigali. Si verò contra dominos directos, quales sunt municipes, dominium directum acquiritur, vt patet ibi: *Si municipes non cauerint, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri;* Deinde

4 † obstat text. noster, in d. §. in vectigalibus, ibi: *Et alijs prædijs;* &c. Quæ verba vltra interpretationem Cuiacij d. §. vlt. verbo, libertatem, possunt declarari, vt procedant in prædijs minorum impuberum, & similium, quæ regulariter alienari prohibentur, & consequenter vsucapi, iuxta text. in l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin. vbi notat glos. verbo, si pupilli, in quibus tamen non potest considerari vtile, vel directum dominium separatum.

5 Accedit † tandem, quia res ciuitatum, quę ad publicum vsum non destinantur, vsucapi possint; quod probatur ex l. sed Celsus, ibi: *Quæ non in pecunia populi;* ff. de contrah. empt. & cum alienari possint, possunt etiam vsucapi, l. omnes, ibi; *Vel publicum;* C. de præscript. 30. vel 40. ann. Couar. pract. capite trigesimo septimo, in fine, & in regula, possessor, secunda parte, §. 2. numero 9. de regulis iuris, in 6.

6 Vnde † aliter intelligunt Bart. & Paul. in d. §. si de vectigalibus, vterque, numero secundo, putat enim in nostro textu, vectigalia prædia fuisse tradita à tertio, quo casu putant non posse vsucapi contra municipes, & ita procedere text. in nostro §. in vectigalibus; Si verò tale prædium fuerit alienum, & municipes tradiderunt; vel ab illis causa habeat, procedere vsucapionem; & ita intelligi d. §. si de vectigalibus, versiculo sed in vectigali prædio.

Ceterum hic intellectus sustineri nequit; nam in primis diuinat ad nostrū §. si de vectigalibus, & violat ad d. §. si de vectigalibus, qui apertè loquitur de prædio vectigali vsucapto contra municipes; quod probo: nam in primo responso agebat Iuris consultus, de prædio vectigali, cuius tertius quidam habebat vtile dominium, & tunc resoluit, vsucapionem sequi contra municipes in vtili tantum dominio; quia subrogatur loco illius, qui vtile tantum habebat; postea in versiculo sed in vectigali, aduersatiuè inquit, si vsucapio procedat contra municipes non cauentes, dominium simpliciter acquiri contra illos; quæ quidem aduersatiua nihil operaretur, si respectu dominij directi non loqueretur.

7 Nec † difficultatem soluit Paul. Castr. vbi supra, dum inquit, quod si municipes essent domini directi, non esset necessaria vsucapio, sed statim dominium transiret, iuxta text. in lege quarta, §. lana, ff. de vsucap. vt aliàs fit in lege prima, ff. de fundo dotali, vbi ratione non præstitæ cautionis de damno infecto, ob vitium ædiū dotaliū, possessor post secundum decretū fit dominus, cum tñ fundus

dotalis

dotalis regulariter prohibeatur alienari.

Replicatur enim, quod per defectum cautionis de damno infecto, non supplentur solennitates requisitæ ad alienationem rerum ciuitatum, de quibus l. vlt. C. de vendendis rebus ciuit. lib. 11. & ob id non poterat statim dominium transfire, sed tantum præstatur iusta possessio, l. iustè possidet, ff. de acquir. possess. at regula d. §. lana, procedit, quando dominum rei simpliciter transfire potest.

8 Nec obstat † d. l. 1. ff. de fundo dotali, Respondetur enim, quod licet fundus dotalis magis in alienabilis sit, quam vectigalis, cum ille simpliciter, hic vero, deficientibus tantum solennitatibus prohibeatur alienari: nihilominus tamen data causa necessaria, facilius illius dominium transfertur, quam fundi vectigalis. Ratio differentiæ clara est: nam causa necessaria vendendi res ciuitatis, non excludit sollennitates aliàs requisitas, d. l. vlt. C. de vendend. rebus ciuit. lib. 11. & ideo ad supplendum defectum ipsorum, vsucapionis remedio opus est, d. vers. sed in vectigali; secus euenit in fundo dotali: nam vbi causa necessaria adest, iuxta d. l. 1. ff. de fundo dotali, dominium, si extat apud maritum, statim transfertur sine aliqua solennitate.

9 Et eodem † modo responderi potest ad argumentum quod solet deduci ex similitudine tituli de noxalibus, cum tit. de damno infecto, quod quemadmodum, qui dominus est, dedens seruum noxæ, statim dominium transfert, ita dominium traducitur in eum, cui cautum non est de damno infecto, post secundum decretum, si dominium habet ille, qui non cauit: similitudinem autem vtriusque tituli, intendit Vlpianus in l. Prętor, §. hoc edictum prospicit, vbi Bart. ff. de damno infect. sequitur Ias. in §. sed istæ quidem, n. 145. da actionibus.

Fatentur enim, quod in tit. de damno infecto, quando res sunt priuatorum, in quibus alienandis non requirirur solennitas aliqua, si dominus non cauet, statim post secundum decretum, transfertur dominium in possessorem; quinimmo, id etiam procedit in vectigalibus prædijs, respectu vtilis dominij, quod priuati habent, illud enim illico traducitur, vt patet in d. §. si de vectigalibus, in primo responso; At quando sumus in terminis in quibus res, pro qua non cauetur, ad sui distractionem requirit solennitates, vt sunt res ciuitatum, iuxta d. l. vlt. C. de venden. rebus ciuit. lib. 11. non præstita cautio à municipibus de damno infecto, solam iustam possidendi causam præbet, non tamen supplet defectum solennitatum, quæ aliàs requiruntur; & ob id pro supplimento solennitatum requiritur vsucapio, in d. §. si de vectigalibus, vers. sed in vectigali prædio, diutina enim possessione solennitas præsumitur præcessisse, l. 4. vbi Bald. & reliqui, C. de petitione hæreditatis.

10 Tandem † Fulgos. in nostro §. in vectigalibus, & Cuiac. in d. l. 4. §. vlt. vers. libertatem, ff. de vsucap. putant, vectigalia non esse inusucapibilia propter vitium aliquod reale, aut legis simplicem prohibitionem; sed secundum quid, nempè propter defectum tituli. Verum, licet hoc verum in se sit, quod propter defectum tituli sint inusucapibilia, non tamen explicant, cur eo casu, quo sunt inusucapibilia, competat Publiciana, cum ea omninò denegetur, quando (licet per accidens) vsucapio sequi nequit, iuxta l. sed si, 7. §. vlt. de Publiciana, & supra dicta.

11 His igitur, & † alijs omissis, pro solutione præmittendum est, quod licet ex prohibita alienatione ab homine, non inhibeatur directò vsucapio, iuxta regulam l. nemo potest, ff. de legatis 1. vbi latè notatur, congerit plures Couar. lib. 1. var. resol. cap. 9. nu. 4. Berous, in Rubr. extra, de præscript. à n. 63. post Abb. ibidem. Tamen si alienatio prohibeatur ab eo, qui vsucapionem prohibere potest, simpliciter videtur prohibita & vsucapio. Ratio est; quia quando quis alienare prohibet, ex intentione sua comprehendit ea omnia, quæ sub proprietate verbi comprehenduntur: at qui vsucapio est alienatio, l. alienationis verbum, ff. de verborum significat. l. 1. §. quod si in lite, ff. si quid in fraudem patroni, ergo, &c. probat conclusionem glos. verbo, pupilli, in l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin. & in d. l. alienationis verbum, Bart. per text. ibi, in l. si fundum, ff. de fundo dotali, & in l. vbi lex, ff. de vsucap. glos. item, verbo, non possunt, in l. siue, §. hæc actio, ff. de Publiciana, latè Gabr. lib. 5. comm. tit. de præscript. conclus. 13. a princip.

12 Quam † conclusionem intellige, quando lex, vel ille, qui vsucapionem valet impedire directò, iuxta d. l. vbi lex, alienationem simpliciter prohibuit; aliàs enim, si secundum quid, non seruatis scilicet aliquibus solennibus, vel aliundè constiterit, non simpliciter alienationem inhibuisse, tunc non impedietur vsucapio, vt innuit glos. in d. verb. non possunt, in d. §. hæc actio.

13 Ex qua † resolutione infertur Primò, cur prohibita alienatione fundi dotalis, vsucapio quoque exclusa censeatur, l. si fundum, ff. de fundo dotali; nam cum lex, Iulia simpliciter, & absolutè fundum dotalem alienari prohibeat, iuxta totum tit. ff. de fundo dotali, principium Instit. quibus alienare licet, vel non, sequitur ex potestate eiusdem legis inhibitam vsucapionem, iuxta supra dicta.

P 2 Cui

Cui illationi † obstat l. 1. ff. de fundo dotali, ibi: *Quia hac alienatio non est voluntaria*; &c. constat autem vsucapionem esse alienationem legalem cum a lege sit inducta, l. 1. ff. de vsucap. & consequenter non est dicēda volūtaria; vnde videbatur posse vsucapi fundus dotalis.

Sed respondetur, d. l. 1. ff. de fundo dotali, procedere in alienatione simpliciter necessaria, cuiq; causam dedit uitium rei dotalis, non vero mariti voluntas, aut patientia: vt patet ibi: *Si ob id, quod maritus damni infecti non cauebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis prædij*; &c. At vsucapio, licet lege sit inducta, initium tamen, & processum habet volūtarium, respectu eius, qui patitur vsucapi, vt patet ex d. l. alienationis verbum, ff. de verb. signif. ibi. *Vix est enim, vt non videatur alienare, qui patitur vsucapi*; &c. Vnde colligitur, in vsucapione solum finem, hoc est, dominij adiectionem post tempus lege definitum necessariò fieri.

Nec poterit replicari, quod sicut consideratur voluntas in vsucapione, ita potest considerari in non præstando cautionem de damno infecto, vt patet ex d. l. 1. ff. de fundo dotali, ibi: *Si ob id, quod maritus damni infecti non cauebat*, &c. Quia respondetur: quod licet vtrobique maritus potuisset mederi & vsucapioni, eam interrumpendo naturaliter, aut ciuiliter; & missioni ex secundo decreto, cautionē præstando vtriusque tamen causa, quæ sola attenditur, dispar est: nā ex missioni secundo decreto, vitium rei dotalis originem præstat; at vsucapioni negligentia dominorum; quamuis ad complendam vsucapionem immediatè influat continuatio iustæ possessionis tempore lege definito, l. 3. ff. de vsucap. vnde apparet, quod in vsucapione voluntas domini, causam eius, etiam immediatam infringit: verum respectu missionis ex secundo decreto, causam non adimit, cum vitium rei adhuc persistat, sed tantum impedit præstatione cautionis de damno infecto. Ex quo colligitur vitium rei dotalis, non obstante diligentia mariti, effectum aliquem operari, quod non eueniebat in vsucapione.

14 Infertur † secundò intellectus ad nostram l. cum sponsus, 12. §. si res, ff. de Publiciana, ibi: *Si res talis sit, vt lex, aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit*; &c. quæ quidem intelligitur, quando est simplex prohibitio: nam cum inde impediatur vsucapio, iuxta supradicta, benè infert I. c. etiam Publicianam non competere, quasi impeditam; etenim ibi locum habet, vbi vsucapio habere potest, l. sed & si, §. vlt. aliàs, l. cum qui, §. vlt. aliàs, l. traditionem, ff. de Publiciana, l. siue autem, §. hæc actio, eodem tit. & supra latius comprobauimus.

15 Infertur † tandem vera ratio, ob quam res litigiosa vsucapi nequeat, cum videlicet simpliciter alienari prohibeatur, vt patet ex l. 2. C. de litigiosis.

Huic tamen illationi obstat l. 1. iuncta glos. verbo, potest. C. de præscript. longi temporis 10. vel 20. annor. & iuncta l. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. annor. ex quibus colligitur, quod res litigiosa potest vsucapi, quamuis simpliciter alienari sit prohibita; & ita glos. in d. l. 1. verbo, ei, asserit, non semper valere hanc consequentiam: *Prohibetur alienari, ergo nec vsucapi*; & mouetur per text. in l. si fundum, ff. de fundo dotali.

Obstat Secundò text. fortis, in l. si post acceptum, ff. de rei vendicatione, ibi: *Si post acceptum iudicium, possessor usu hominem ceperit*, &c. Quibus verbis videtur permissa vsucapio rei litigiosæ, cum tamen iam eo tempore eiusdem simpliciter esset prohibita alienatio, & cum pœnæ adiectione, l. vlt. ff. de litigiosis, & ob id glossa, in l. alienationis verbum, ff. de verb. significat. asserit, propositam regulam, quod simpliciter prohibita alienatione, censeatur prohibita vsucapio, esse limitandam in re litigiosa.

His tamen non obstantibus, vera est nostra illatio, videlicet, ex simplici prohibitione alienandæ rei litigiosæ, sequi inhibitam etiam esse

16 vsucapionem eiusdem. Nec † nobiscum pugnat d. l. 1. C. de præscript. longi tempor. quia loquitur de re, super qua quidem mota fuerat controuersia, sed tamen omissa iam erat, vt patet ibi: *Post motam, & omissam quæstionem*, &c. vt ibi notant Cynus, Baldus, Salicet. Ias. etiam in l. 2. C. de edendo, n. 19. & in l. cum mota, n. 14. vbi Padilla, n. 3. C. de transact. in specie Cuman. in l. vbi lex, in fine, ff. de vsucapion.

Vnde cum controuersia fuerit omissa, res definit esse litigiosa, l. 2. ibi: *Lite pendente*; & l. vlt. ibi: *Si quis lite pendente*, C. de litigiosis, & consequenter potest alienari, & vsucapi ab eo, in quem alienata fuerit, d. l. 1. in primo casu; vel etiam vsucapi ab eodem possessore, cum iam alienari possit, dummodò non proficiat ei præcedentis temporis possessio, quæ ciuiliter interrupta fuit, iuxta regulam l. nec bona, 10. C. præscript. longi tempor. 10. vel 20. annorum, l. moræ, 26. C. de rei vendicat. nec etiam profit longi temporis præscriptio, dicta lege prima, in secundo casu; sed omnino requiratur longissima, iuxta legem vltimam, C. de præscript. triginta, vel quadraginta annorum, notat glossa, verbo, potest, in d. lege prima, C. de litigiosis. Atque ita illud operatur ciuilis illa interruptio per motionem controuersiæ, vt præcedens possessio non

profit

possit vsucapioni; simulque sufficiat noua longi temporis, sed requiratur longissimi possessio, respectu antiqui detentatoris.

17 Ad † text. verò in d.l. si post acceptum, ff. de rei vendicat. Respondetur, rem, de qua ibi mota fuerat controuersia, non esse petitoris, nec consequenter contra ipsum vsucapionem completam fuisse; quinimmò, esse cuiusdam tertij, qui nihil petebat: & ita quoad vsucapionem complendam contra verum rei dominum, nihil omninò impediebat. Vnde cum petitor in d. l. si post acceptum, diceret sibi rem illam deberi, nec contra ipsum vsucapio procedebat, nec completa nocebat: argumento text. elegantis in l. 2. ad finem, ff. de in diem adiect. vbi pure vendito fundo, nisi melior sors afferatur, emptor interim dicitur vsucapere posse, & fructus lucrari, & tamen oblata meliori conditione, omnia restituuntur, l. item quod dictum, ff. eodem tit. de in diem adiect. quia videlicet potestas vsucapiendi semper respicit verum dominum; Vnde si venditor in praedicta specie dominus non erat, & ipse possidendo vsucaperet, ita & emptor, qui ab eo causam habet. Sic similiter d.l. si post acceptum, vsucapio procedit contra verum dominum, qui nihil petebat, non contra petitorem, cuius ius non minuebatur ex complemẽto vsucapionis; & propterea, si vicerit, ad ipsum pleno iure pertinet, vt exprimit d. l. si post, & ita illa vsucapio rei litigiosae interdicitur, quae procederet contra collitigatorem.

18 Nec replicari † potest, quod licet res ista non sit petitoris, nihilominus litigiosa efficitur, & omninò alienari prohibetur, vt euincit generalitas l. 3. & sequentis, C. de litigiosis; Vnde iuxta supra positam à nobis regulam, sicut alienari non poterat; ita nec vsucapi. Respondetur enim, regulam procedere, quando vsucapio procedere debuisset contra eum, cuius respectu prohibitio alienãdi interposita, esset: at in d. l. si post, vsucapio quidem solum procedit contra verum dominum rei, qui nullam litem mouebat; & ita nec respectu eiusdem alienatio prohibebatur; cum autem respectu petitoris efficiatur litigiosa, & consequenter inalienabilis, respectu eiusdem vsucapio quoque inhibita censetur, quod non inficiatur, quinimmò supponit text. in d. l. si post.

Vnde illud elegans deducetur, quod res, quę respectu vnius est inalienabilis, & inusucapibilis, possit respectu alterius, esse vsucapibilis, quamuis interim per accidens nequeat alienari, vt euenit in dicta re litigiosa, iuxta modo dicta ad d.l. si post acceptum.

19 Vt igitur † ad antiquam resolutionem reuertamur, quando lex non prohibet simpliciter alienationem, sed secundum quid, hoc est, seruatis aliquibus solennibus, v. g. ne emphyteusis sine domini consensu alienetur, l. vlt. C. de iure emphyteutico, res ciuitatum sine solennitatibus, l. vlt. C. de vendendis rebus ciuit. lib. 11. res minorum sine decreto, tit. ff. de rebus eorum, &c. & tit. C. de praedijs, & alijs rebus minorum, tunc non impeditur vsucapio, si requisita concurrant, titulus videlicet, & bona fides, latè comprobat Gabr. lib. 5. Com. in. tit. de praescript. conclus. 13. num. 19. Et hinc est, quod praedia vectigalia vsucapi possunt, l. si finita, 15. §. si de vectigalibus, vers. sed in vectigali, ff. de damno infecto; res etiam impuberum, l. 2. §. si à pupillo, ff. pro emptore; quibus casibus Publiciana competet, sicut & in omnibus, in quibus vsucapio procedit, glos. verbo, non possunt, in l. siue, §. haec actio, ff. de Publiciana.

Quando verò dico requiri bonam fidem, intelligo iustam credulitatem, v.g. in rebus minorum, quae sine decreto alienari nequeunt; existimationem emptoris venditorem esse maiorem 25. annis, in rebus verò, quae à puberibus alienari possunt, requiri opinionem emptoris, venditorem esse puberem: non tamen intelligo, putare emptorem res minorum posse sine decreto, alienari, vel res impuberum indistinctè, hoc enim esset error iuris, qui vsucapioni non prodest, l. nunquam, ff. de vsucap. & ita euitatur obiectio Imolę, in d. §. si à pupillo, num. 22.

Nec iam obstabunt text. noster in d. l. cum sponsus, §. in vectigalibus, ff. de Publiciana, l. bonae fidei, ff. de acquir. rerum domin. d. l. 2. §. si à pupillo, vers. & ideo, nec de euictione.

20 Nam in primis † ad d. §. in vectigalibus, vltra supradicta respondetur, quod licet vectigalia, & alia similia praedia, regulariter vsucapi nequeant, propter defectum tituli, v.g. solennium, quae interuenire debebant; & insuper bonae fidei; qui defectus in dubio non praesumitur, nisi iustus facti error probetur, & consequenter tunc temporis Publiciana non competat: attamen si forte bona fide tradita sint, cum tunc ratione bonae fidei, ac iustae possessionis vsucapio procedat, ad supplendum defectum solennium aliàs requisitorũ, Publiciana etiam competet. Atque ita text. in d. §. in vectigalibus, non vult, vt casu, quo vsucapio inhibetur, Publiciana competat: immò iuxta principia iuris supponit, quod quando vsucapio procedere nequit, Publiciana non competat, secundum l. sed et si, §. vlt. l. siue autem, §. haec actio, ff. de Publiciana: sed tãtum asserit, quod licet vestigalia praedia regulariter vsucapi nequeant ex suprapo sita ratione, si tamen fortè (hoc est, si casu aliquo contra pręsumptionem iuris) bona fide praedicta praedia tradita fuerint,

rint, hoc est, iustus facti error fuerit probatus, tunc, cum vsucapio admittatur, Publiciana etiam competat.

21 Præterea, non † obstat d. l. bonæ fidei, ibi: *Veluti si pupilli sit*; &c. ff. de acquir. rerum domin. vbi probatur bona impuberum esse inusucapibilia, cum iuxta supra dicta, eorum alienatio simpliciter non prohibeatur.

Nam in primis in alia editione, quam ex Dionisio Gothofredo habemus, & ex Græcis interpretibus refert Cuiacius, lib. 11. Obseruat. cap. 12. aliter legitur, nempè: *Veluti si populi sit*; Secundum quam cessat difficultas: quia vsucapio tunc temporis, vel omninò non procedit, veluti si quis rem vsibus publicis destinatam bona fide emat, quæ inusucapibilis est, vtpote quia ex communi, quæ ab aliquo priuatim possideri nequit, l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verb. oblig. vel aliquando procedet, si sit ex ijs ciuitatis rebus, quæ certis solennibus adhibitis alienari possunt, iuxta l. vlt. C. de vendend. rebus ciuit. lib. 11. l. sed Celsus, 6. in fine princip. ff. de contrah. empt. vt ait glos. in l. vlt. C. de sacros. eccles. Suarez allegat. 15. num. 2. Couar. pract. cap. 37. in fine, Auendanus, de exequend. mandatis, lib. 1. cap. 12. nu. 10. & in hac secunda specie rerum populi procedit vsucapio, iuxta supradicta.

22 Quinimmo, etiamsi † in d. l. bonæ fidei, fiat mentio rerum pupilli, non verò populi, (quod rectius esse agnoscit Cuiacius, d. cap. 12.) adhuc non obstat: quia tantum euincit, vt in dubio dicamus, rem pupilli inusucapibilem regulariter esse: quia scilicet deficiente tutore & decreto, & causa æris alieni, distrahi non poterat, iuxta l. magis puto, §. si æs alienum, ff. de rebus eorum, &c: & ita procedat d. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin.

Nihilominus tamen, si detur titulus putatiuus, ac probetur ex iusto facti errore, & consequenter bona fides interueniat, vsucapio admittetur, iuxta d. l. 2. §. si à pupillo, quæ ita debet conciliari cum d. l. bonæ fidei, an autem d. §. si à pupillo, hodie procedat, propter l. vlt. C. in quibus causis in integrum? & negatiuè respondet glos. in l. etiam ei, ff. de minoribus, nisi casus talis fuerit, qui attento iure antiquo, absque remedio restitutionis vsucapionem cōtra pupillum produceret. Manet itaque concordia inter d. §. si à pupillo, & d. l. bonæ fidei, quidquid aliæ conciliationes, à glos. in d. l. bonæ, verbo, pupilli, & Doctoribus tradantur, quas apertè diuinatiuas, aut falsas esse constat.

23 Non obstat † tandem principaliter d. §. si à pupillo, vers. & ideo, vbi I. c. apertè concedit vsucapionem, & denegat Publicianam; quod est contra supra positam regulam: nam vltra varias solutiones, de quibus Padilla in l. 2. nu. 30. C. de seruitutibus. Mainus, lib. 2. action. cap. 2. pag. 2. reiecto itidem Cuiacij intellectu ibidem, qui dicit verba illa in d. vers. & ideo, nempe: *Nec Publiciana competit*, esse spuria, ac supposititia, & esse contra lectionem Constantini Græci interpretis; periculosum etenim est, & contra fidem omnium librorum, ac etiam Florentinorum, prædicta verba dispungere, præsertim cum rectè procedant, vt inferius ostendemus.

24 Respondetur † Primò, text. in d. vers. & ideo, non decidere, quod casu quo vsucapio procedit, Publiciana non competat: sed tantu inquit, quod licet de rigore à furioso celebrata venditio nulla sit; & tunc nec etiam de rigore actio de euictione, nec Publiciana competat, nec accessio possessionis, tamen postquam vtilitatis causa receptum est, vt talis venditio cum iusto facti errore prosit vsucapioni, sequitur etiam Publicianam competituram, iuxta l. sed etsi, §. Marcellus, vbi id exprimitur, ff. de Publiciana, & sicut diximus, quod eo casu quo vsucapio locum non habet, cessat Publiciana; ita è contrario, quando vsucapio procedit, debet Publiciana locum sortiri, & ita in primatis scholis respondebat insignis Senator Lusitanus, ac primarius iuris ciuilis professor, & præceptor meus semper colendus, Rodericus Lopez a veiga, qui pace fruatur.

Verum, licet hæc interpretatio, vtpote doctissimi, ac subtilissimi viri, non incongrua videatur, attentis nimirum huius materiæ generalibus principijs, literæ repugnat, ibi: *Constitutum est, capere vtilitatis causa me posse, quamuis nulla esset venditio; & ideo neque de euictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis*; &c. nam si text. intelligeret, supposito, quod venditio de rigore nulla est, Publicianam etiam de rigore non competere; supposito verò, quod ex tali venditione vsucapio vtilitatis causa recipitur, debere Publicianam competere, diceret text. per verba subiunctiui; *Et ideo neque de euictione actio nasceretur mihi; nec* Publiciana *competeret*; &c. vt ita videretur illatio proueniens ex illis verbis, *Quamuis nulla esset venditio*; vbi I. c. vtitur verbo subiunctiui, quod tamen aliter se habet, vt patet ex textu.

25 Præterea, † dicta interpretatio ex eo etiam venit reijcienda, quia non bene infert à venditione nulla, ad excludendam Publicianam; nec id vult I. c. in d. vers. & ideo: nam Publiciana immediatè regulatur secundum vsucapionem, vt supra ostendimus; vnde si I. c. à contractu nullo inferret ad exclusionem Publicianæ, prius vsucapionem excluderet, quod non ita fecit. Quinimmo, nec ex actu nullo, simpliciter

pliciter inferendum est ad explodendam vsucapionem, & Publicianam; cum in venditione facta ab impubere procedat vsucapio, & Publiciana, & tamen nulla est venditio, d. §. si a pupillo; Item prædiorum vestigalium nulla est venditio nō seruatis solennibus; & tamē Publiciana competit, d. l. cum sponsus, §. in vectigalibus, ff. de Publiciana, ergo ex nullitate contractus non statim negari debet Publiciana.

Tandem non est credibile, illationem, quā facit I.c. deduci ex verbis in dubitationem allatis, qualia esse constat illa: *Quamuis nulla esset venditio*; non verò ex verbis decisiuis, quę præcedebant, vt inferius ostendemus.

26 Pro † vero igitur sensu eruendo, resoluendum est, d. vers. & ideo, non esse iungendum cum prædictis verbis, ibi: *Quamuis nulla esset venditio*; quia quasi per parenthesim, & in rationem dumtaxat dubitandi apponuntur: sed potius cum illis, ibi: *Constitit vsucapere vtilitatis causa me posse*; quasi dicat, quod cum in venditione, quæ à furioso fit, deficiant omninò requisita veræ venditionis, (deficit enim consensus, contra princip. Inst. de obligat. quę ex consensu, &c.) non debebat vsucapio sequi: sed vtilitatis causa receptum est, vt tunc iustus facti error sufficiat ad vsucapiendam rem furiosi, contra ipsummet furiosum, qui vendendo dominium transferre non poterat.

Nihilominus tamen cum hęc vsucapio non procedat secundum iuris regulas, nec in venditione facta a furioso eadem detur ratio, quæ in casu præcedenti, quando scilicet emitur à pupillo iam proximo pubertati, (qui ob id, iā pubes existimabatur, & sola tunc extrinseca tutoris solennitas deficiat) sed sola vtilitas id recepit: eadem tamen publica vtilitas non patietur, vt furiosus teneatur de euictione, si res aliena ab illo vendita, euicta fuerit: nam ex eo tenetur venditor de euictione: quia habuit animum vendendi, & de facto vendidit, quod omnino deest in furioso, per text. elegantem in l. 2. §. furiosus, ff. de iure codicillorum, iuncta glos. ibidem, verbo, nec quicquam. Nec emptore casu à possessione cadente, quæ iterum ad furiosum perueniat, contra furiosum competet Publiciana, ex textu optimo in l. vlt. ff. de Publiciana, ibi: *Eiusque rei argumentum est primò æquitas*; &c. nam furiosus secundum iuris censuram, non est credendus vendidisse, iuxta supradicta. Nec itidem reclamante curatore furiosi, aut ipso sanæ mentis effecto (adhuc possidente emptore) accessione temporis, qua furiosus possedit, se tueri poterit emptor ad cōplendam vsucapionem contra ipsum furiosum: quia ius accessionis in sola æquitate consistit, l. de accessionibus, 14. ff. de diuers. & tem por. præscript. & in propositis terminis æquitas deficit: & ita limitatur §. diutina, vers. inter venditorem. Inst. de vsucap.

Atque ita concludimus in d. §. si à pupillo, vers. si à furioso, causam vtilitatis publicæ, quę vsucapionem admittebat (vt alias considerat Ant. Faber, lib. 1. Coniectural. cap. 18.) deficere omninò in Publiciana, secundum propositos terminos, hoc est contra furiosum; sicut & in actione de euictione, & in accessione possessionis, quæ in persona furiosi præcesserat.

27 Nec iam † obstabit d. l. sed etsi, §. Marcellus, aliàs l. eum, qui, in princip. ff. de Publiciana, dum inquit, *eum, qui à furioso, ignorans eum furere emit, posse vsucapere: ergo, & Publicianam habebit*: nam omissis alijs diuinatiuis conciliationibus, responde cum glos. ibidem, verbo, ergo, in vltima solutione, d. §. si à pupillo, vers. si à furioso. iuncto vers. & ideo, procedere respectu furiosi, vt videlicet, licet, vsucapio contra ipsum recipiatur, non ita tamen Publiciana, ex ijs, quæ supra attulimus. Hic verò loqui I.c. quando emptor non contra furiosum, à quo emit, sed contra tertium qui possessionem casu obtinuit, vti vult Publiciana; quod glos. suadet elegāti similitudine, ex l. & si is, 9. C. de prędijs, & alijs rebus minorum. Sequitur Imola, in d. §. si a pupillo, nu. 23. vers. in glos. super verbo, Publiciana.

Quæ solutio, mihi vltra quàm quod vera videatur, ex eo insuper suadetur, quod d. vers. & ideo, loquitur copulatiuè in actione de euictione, quæ solum contra venditorē, (qui in d. text. furiosus erat) potest competere: & ideo nihil mirum, quod in ijsdem terminis, & Publiciana, & accessio possessionis firmatur, videlicet contra furiosum. At d. §. Marcellus, vel aliàs d. l. eum, qui, in princip. solum meminit Publicianæ, post vsucapionem: & ita præsumi potest, intelligendum esse, quando contra tertium, & non contra ipsum furiosum venditorem intentatur. Cur autem in vno casu detur, in alio verò cesset Publiciana; id procedit ex diuersitate rationis, quæ à prædictis colligitur.

28 Ex quibus † apparet, quod licet regulariter, tam affirmatiuè, quàm negatiuè valeat argumentum ab vsucapione ad Publicianam, vel è conuerso, vt expressit glos. in §. sed istæ quidē, à nu. 16. cum sequenti, Inst. de actionibus, cuius resolutio mihi multum arridet, & est regulariter verum, quidquid dicat Bald. in l. nihil, C. de vsucap. pro hærede, & in l. 1. col. 10. C. si plures vna sententia, quidquid etiam dicat Balb. de præscript. 2. parte, tertiæ princip. quæst. 12. nu. 9. & Minsynger. in §. namque si cui, nu. 48. Inst. de actionibus, & in negatiuè concepto argumento, quando videlicet non procedit

procedit vsucapio, non etiam competat Publiciana, vltra text. clarum in l. siue, §. hæc actio, ff. de Publiciana, iã supra iuribus, & rationibus ostendimus; In conuerso uerò negatiuo, an nimirum, quando non competit Publiciana, nec etiam procedat vsucapio; puto quoque regulariter procedere: nam frustra diceretur contra aliquem, quasi vsucaptam rem, quę verè vsucapi nequit: qui autem vtitur Publiciana, quasi vsucaptum petit, §. namque si cui, Inst. de actionibus.

29 Dixi, † regulariter, in hoc proximo argumento conuerso negatiuè, propter d. §. si a pupillo, vers. si à furioso, vbi contra furiosum nõ competit Publiciana, & tamen vsucapio procedit, vt supra ostendimus: quod quidem ab ea speciali ratione nascitur, quòd in terminis d. uers. si à furioso, vsucapio introducitur ob vtilitatem publicam, non verò de rigore: & ideo nihil mirum, quod inducta vsucapione ex vtilitate publica, contra iuris regulas, non inducatur Publiciana contra eundem furiosum vendentem, deficiente æquitate, cui Prætor innititur; & in his terminis admitterem sententiam Balbi, vbi supra, quæst. 8. nu. vlt. & quæst. 12. nu. 9. vt videlicet indistinctè nõ ualeat argumẽtum negatiuè conuersum, v. g. non competit Publiciana, ergo nec usucapio. Fallit enim in d. uers. si à furioso.

30 Vnde, † si in d. vers. si à furioso, termini uariarentur, nimirum, ut non contra furiosum uendentem ageretur, sed contra tertium aliquem: tunc indistinctè existimo, sicut usucapio procederet, ita Publicianam competituram, quod sat suadet d. l. cum, qui, ff. de Publiciana, ut supra latè sumus interpretati.

SVMMARIVM.

Latè igitur de intellectu, & materia l. si à Titio, ff. de rei venditat. l. apud Celsum, §. si a Titio, ff. de except. doli, & l. si à Titio, ff. de except. rei venditæ, & traditæ. à nu. 1. per totum.

Vendita re aliena, quæ postea facta fuit venditoris, dominium venditori superueniens non statim, & indistinctè transfertur in emptorem. d. nu. 1. & num. 6.

Doctores communiter limitant l. quoties, C. de rei uind. in terminis nostræ l. si à Titio, num. 2. de ratione vide omninò, nu. 10.

Quando duo emunt à diuersis, alter à non domino, alter verò à domino: iste posterior indistinctè prę fertur. nu. 4. & nu. 9.

Procurator, qui ante litem contestatem domino defuncto succedit, procurator esse desinit, & consequenter stipulatio de iudicatum soluendo, extinguitur, nu. 5. & nu. 13.

Explicatur l. si ante acceptum, 7. vers. & ideo, ff. iudicatum solui. nu. 5. & nu. 12. cum seq.

Quando ab eodem venditore eadem res duobus successiuè vendita, & tradita est, & venditor post primam venditionem dominus rei factus est, & ita dominium transtulit in secũdum emptorem: prior, cui res adhuc aliena tradita fuit, præfer etur in Publiciana, & rem secundo auocabit. num. 7.

Venditor, qui duobus successiuè eandem rem uendit, & tradit, in posteriorem emptorem nihil omninò censura iuris transtulisse creditur, quamuis à parte rei transtulisset. ibidem.

Limitatur l. ult. ff. de Publiciana. nu. 8.

Quando dominus rei habet causam ab eo, à quo etiã is causam habet, qui Publiciana utitur, dominus rei uincetur. ibidem. ubi tamen declaratur.

Limitatur notabiliter nostra l. si à Titio. ff. de rei vend. nu. 8. ad finem.

Explicatur l. si ea res, §. ult. in fine, ff. de act. empti. nu. 9. & 11.

Publiciana non ad petendum dominium, sed ad auocandam possessionem comptit. nu. 13.

Qui agit rei uendicatione competente ratione uenditionis, debet docere de pretio uenditionis soluto. num. 15.

Qui agit Publiciana contra uenditorem eiusdem rei, ut obtineat, debet docere de pretio soluto. à numero 16.

Obiter intelligitur l. si quis alienam rem, ff. de act. empti. ibidem.

Non datur actio ex empto, quin pretium solutum, aut aliunde satisfactum sit. ibidem.

Non competit exceptio rei uenditæ, si pretium solutum non est, uel habita fides de eo. ibidem.

Elegans limitatio ad nostram l. si à Titio, & d. l. apud Celsum, §. si a Titio. & d. l. si à Titio. numero 17.

Explicatur l. de pretio; ff. de Publiciana, num. 18. & num. 20.

Qui Publiciana utitur contra eum, qui ab eodem uenditore causam habet, ut obtineat, docere debet de pretio uenditionis soluto, nu. 19.

Quando ab eodem non domino, eadem res duobus successiuè uenditur, & traditur: prior emptor obtinebit, quamuis secundus possideat. nu. 21.

Qui ratione rei sibi uenditæ, & traditæ, agit Publiciana contra tertium, qui ab eodem uenditore causam non habet, non tenetur docere de pretio uenditionis soluto. nu. 20.

Explicatur l. si debitor, ff. de pignoribus, num. 22. & num. 26.

Quando duobus eadem res ab eodẽ debitore, pignori datur, præfertur possessor, non uerò cui priori tradita sit. ibidem.

Quando eadem res à diuersis non dominis successiuè vendita, & tradita est duobus, ille præfertur, qui possidet. nu. 25.

Explicatur l. siue autem, §. si duobus, vers. quod si à diuersis,

diuersis, ff. de Publiciana. ibidem.

Quando illi duo, qui à diuersis non domini eandem rem emunt, non possident tin concursu Publicia na intentanda, præfertur ille, cui priori res tradita fuit. ibidem.

Explicatur d.l. si ea res, §. vlt. in primo responso, ff. de act. empt. ibidem.

Quando alteruter ex duobus, quibus eadem res aliena vendita, & tradita est, Publiciana citra concursum vtitur contra tertium, indistinctè obtinebit, siue sit prior, siue posterior emptor. ibidem.

Explicatur communis Doctorum traditio, quæ asserit Publicianam non dari contra titulo possidentem. num. 28.

Publiciana non datur contra possidentem titulo pro harede, nu. 29. Declara tamen, numero 31. in fine.

Titulus pro hærede est verus, & iustus titulus. ibidem.

Petitio hæreditatis non datur contra possidentem titulo iusto, nu. 30. Et de ratione, vide nu. 31.

Cur petitio hæreditatis detur contra possidentem titulo pro hærede nu. 31.

CAPVT XVIII.

Ad Vlp. in l. si à Titio, ff. de rei vendicatione.

1 

Ta scribit † Vlp. lib. 16. ad edictum. *Si à Titio fundum emeris Sempronij, & tibi traditus sit pretio soluto: Deinde Titius Sempronio hæres extiterit, & eundem alij vendiderit, & tradiderit: æquius est, vt tu potior sis: nam etsi ipse venditor eam rem à te peteret, exceptione eum summoueres; sed & si ipse possideret, & tu peteres, aduersus exceptionem dominij, replicatione vtereris.* Sibi similis est, Vlp. in l. apud Celsum, §. si à Titio, ff. de except. doli; & Pompon. omninò concordat, in l. si à Titio, ff. de except. rei venditæ, & traditæ.

Asserit itaque Vlp. priorem emptorem præferendum esse; obstat tamen text. in l. quoties, 15. C. de rei vendicat. vbi ille ex emptoribus præfertur, in quem ex traditione translatum est dominium; constat autem in specie huius text. dominium in secundum emptorē tantum fuisse translatum, ergo, &c. Probatur minor propositio: nam in terminis huius text. supponitur, primum emptorem, cui res tradita fuit, dum erat aliena, vel ante dominij translationem ab illius possessione cecidisse, & iterum ad vēditorem reuersam fuisse: aliàs enim nulla esset dubitandi ratio, cum dominio translato in primum emptorem, nihil iuris ramaneret in venditore, quod in secundum emptorem traduci potuisset, iuxta regulam l. nemo plus, ff. de regul. iuris. Casu autem, quo eadem res ad venditorem remeabat, nondum facta primi emptoris, dominium in eundem ipso iure non transfertur; quamuis penes eum adhuc res extaret, vt expressit glos. in præsenti, verbo, replicatione, & verbo, potius, in l. vlt. ff. de Publiciana; cuius sententiam infrà latius probabimus. Igitur res pleno iure fuit in potestate venditoris, qui alij vendens, & tradens, in hunc secundum emptorē omne illud plenum ius transtulit, vt satis innuit text. noster, & iura conformia. Hic ergo secundus emptor, vtpotè, prius factus dominus, debet præferri primo emptori, in quem adhuc dominium translatum non erat; & ita obtinere d.l. quoties, C. de rei vendicat.

2 Vnde, † pondere difficultatis oppressi Doctores dicunt, d. l. quoties, limitari in terminis nostri text. in d.l. si à Titio, ff. de rei vendicat. vt videre est per Roman. cons. 270. col. 1. quē sequitur Hyppolit. Singulari 82. Gomez. 2. tomo, cap. 2. nu. 20. vers. septimo principaliter: Couar. lib. 2. var. resolut. cap. 19. nu. 7. vers. octauò, qui nullam rationem limitationis reddunt, & propterea adhuc persistere videtur suprapostia difficultas.

3 Nec effugi † potest ex eo, quod primo emptori rei alienæ, statim competijt Publiciana, si ex iusta causa, & bona fide rem accepit, l. 1. ff. de Publiciana. §. namque si cui, Inst. de actionibus. Replicatur enim, quod quamquā in Publiciana ille præfertur (data pari causa, videlicet, quando duobus eadem res aliena vē dita est) cui primo loco tradita fuit, in dispari tamen causa, quando nimirum, ex parte primi emptoris datur Publiciana, ex parte verò secū di dominium, & rei vendicatio: non debet prior emptor sola Publiciana suffultus præferri secundo, qui verè dominium habet, vt pro regula ponunt I. c. in l. penult. & l. vlt. ff. de Publiciana.

4 Accedit † contra nostrum text. l. si ea res, §. vlt. ff. de actionibus empt. ibi: *Sed si alter ex nobis, à domino emisset: is omnimodo tuendus est*; vbi deciditur, quod quando duo emunt à non domino, ille præfertur, qui possessionem rei prius apprehendit; quando verò alter à non domino, alter à domino emit, qui à domino emit, indistinctè præfertur, siue ante, siue postea, rei possessionem fuerit adeptus; At in specie nostri text. primus emptor à non domino emit; & secundus ab eodem iam domino

mino effecto emit, ergo preferēdus videbatur.

5 Obstat † tandem Caius I. c. in l. si ante acceptum, §. 7. ff. iudicatum solui, ibi; *Et ideo si is, qui procurator datus est, hæres extiterit domino, atque ita acceperit iudicium: siue etiam prohibitus acceperit, non committitur stipulatio*; &c. iunctis verbis præcedentibus, ibi: *Sed oportere etiam causam personæ eandem esse, quæ stipulationis interponendæ tempore fuit*; &c. vbi successio hæreditaria, (cum fictione iuris mutet personam, text. in Auth. de iure iurando à moriente præst. in princip. collat. 5.) mutat etiam obligationem procuratoriam, ergo similiter, & in nostro textu, successio, per quam quis dominium rei à se prius vt alienæ venditæ, acquirit (cum tale dominium præstetur hæredi, prout repræsentat defunctum) efficiet etiam, non ob id denuò posse obligari tamquam venditorem dominum, qui tempore venditionis non fuerat.

6 Nec pro † intellectu text. nostri potest considerari, quod superueniens dominium venditori rei alienæ, statim ipso iure transferatur in primum emptorem; nam vltra supradicta, cōtrarium tradit glos. verbo, conuenit, & verbo, extiterit, in l. cum vir prædium, ff. de vsucap. vbi asserit, qui à non domino emit, venditore postea domino facto, non aliter tutum esse, quam exceptione: & ita supponit in venditore vendicationem manere, & consequenter dominium, l. in rem, ff. de rei vendicat. idem tradit glos. verbo, intelligeretur, in d. l. apud Celsum, §. si a Titio, ff. de except. doli; & satis clarè innuit noster §. si a Titio. ibi; *Aequius vt tu potior sis*; &c. & ibi; *Aduersus exceptionē domini*; &c. vbi si venditor factus sit dominus rei, quam vt alienam vendiderat, non fit eo ipso in emptorem dominij translatio; cum text. dicat venditorem, si iterum possidear, habere exceptionem dominij; licet per replicationem emptoris (qua venditor adstringitur obseruare contractum, iuxta text. in l. si quis alienam rem, ff. de act. empt.) elidatur; vt in specie notat Bologninus, & alij, in nostro textu.

7 Verum † prædictis difficultatibus non obstantibus, optimè respondet Vlp. in nostra l. si à Titio, & similia iura; & vt aptius procedamus, cessentque obiectiones, duo casus distinguendi sunt; Primus est, quando secundus emptor, in quem dominium translatum est, habet causam ab eodem venditore, qui prius eādem rem, quatenus aliena erat, alij tradiderat. Secundus casus est, quando primo emptori res tradita, est aliena, & eo fortuito cadente à possessione, res quidem reuertitur non ad venditorem, sed ad verum dominum, qui eam alij vendidit, & tradidit.

Quod attinet ad primum casum, resoluo, quod sine dubio in secundum emptorem in terminis nostri textus dominium translatum est, ex ratione l. quoties, C. de rei vendicat. quod eo vsque in primum non fuerat traductum, vt supra ostendimus; nihilominus tamen, cum ex priori uenditione rei licet alienę, acquisita esset Publiciana in rem actio contra venditorem, etsi dominus postea factus fuisset, l. si a Titio, in fine, ff. de except. rei venditæ & traditæ, l. apud Celsum, §. si a Titio, ff. de except. doli, consequenter etiam eidem competet contra secundum emptorem, qui ab eodem venditore causam habet, & ita expressè decidit nostra l. si a Titio, ff. de rei vendicat. vbi Bart. & reliqui, & d. l. si a Titio, & d. §. si a Titio.

Ratio huius resolutionis est; quia quando contra venditorem postea dominum factum, competit Publiciana, qui agit, rem petit, quasi vsucaptam, iuxta §. namque si cui, Inst. de actionibus, & latè probauimus in cap. praecedenti, & consequenter illā petit, vt suam, & ex tuitione Prætoris istæ primus emptor iam dominus censetur: & eo magis, quando uenditor postea dominus factus est. Vnde, licet attenta seueritate iuris, in terminis nostri tex. in secundum emptorem translatum fuerit dominium, nihilominus tamen ex dicta iuris interpretatione, nullum videtur in eum traductum, quasi iam tempore secundæ venditionis non fuerit in bonis uenditoris, vt eleganter ostendit Vlp. in d. §. si a Titio. ibi; *At per hoc intelligeretur, eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.*

8 Ex quibus † notabilis limitatio deriuatur ad l. vlt. ff. de Publiciana, (vltra alias, quas tradit Cuiac. lib. 10. Obser. cap. 6.) ubi deciditur, Publicianam non dari contra dominum rei; vt uidelicet non procedat, quando iste dominus causam habet ab eodem, a quo etiam causam habet ille, qui Publiciana experitur: nam sicut hic contra uenditorem dominum factum obtineret, quinimmo, illum cogère posset, vt dominium superueniens transferret, vt notat glos. scholio vlt. in nostro textu, bene sequitur, obtenturum quoquè contra secundum emptorem, ut rem dimittat, cum in eum uenditor plus iuris traducere nō posset, quam in se haberet, l. nemo plus iuris, ff. de regul. iuris. Faciunt, quæ in simili tradit glos. uerbo, petentis, a medio, in l. siue, §. si duobus, ff. de Publiciana.

Quod tamen intelligo, quando præfatus rei dominus, dominium habuit immediatè a uenditore communi: alioquin, si in sua persona formatum fuerit, veluti vsucapione, tunc indistinctè obtinebit in iudicio; nec enim habet

bet

omin

bet causam a venditore communi, sed tantum occasionem; & iterum locum habebit d. l. vlt. & per consequens notabiliter cessabit nostra l. si a Titio, quia tantum loquitur, quando secundus emptor immediatè per venditionem dominium a communi uenditore quæsiuit: nõ ita, si occasione venditionis in secundo emptore formetur, v. g. vsucapione.

9 In secundo † uerò casu, quando v. g. primus semper ab vno non domino causam habet, & secundus ab altero vero domino: resoluo priorem emptorem non præferendum posteriori ab alio, & vero domino causam habenti, vt expressit Neratius, in l. si ea res, 31. §. vlt. in fine, ff. de act. empt. cessat enim in hoc casu ratio suprapofita, & uerè militat l. ult. ff. de Publiciana, excipe tamen casum, quem tradit glos. verbo, petentis, ad fin. in l. siue, §. si duobus, ff. de Publiciana, & uerbo, tuendus, in d. §. vlt.

Quibus præhabitis, iam non obstant supra obiecta: nam ad Primum ex d. l. quoties, re-
10 spondetur, † procedere, quando primus emptor ob defectum traditionis, solam quæsiuit actionem personalem aduersus venditorem, qui alij postea uendidit, & tradidit: non uerò, quando primo emptori ob traditionem ritè factam, quæsita fuit actio realis, qualis est Publiciana, iuxta tit. ff. de Publiciana in rem act. & clarissimè docet Imp. in §. namque si cui, iuncto §. præcedenti, Inst. de actionibus; quæ quidem actio obtinet contra communem uenditorem, & per consequens, contra eum, qui ab eodem causam habet, ad præscisam rei traditionem; & ita procedit nostra l. si a Titio, ff. de rei uẽdicat. cum similibus, & Bart. vtrobique, quem reliqui sequuntur: & ita apparet ratio limitationis ad d. l. quoties, quam faciebant supra relati Doctores.

11 Non obstat † Secundum ex d. l. si ea res, § ult. ff. de act. empt. quia respondetur, eo tantum casu præferri, qui à vero domino causam habet, quando non idem, & communis fuit vtrobique venditor, iuxta supra positam in secundo loco resolutionem, in qua dumtaxat procedit d. l. si ea res, §. vlt. secus, quando vnus, & idem duobus vendidit, & tradidit; licet secundum iuris rigorem in secundum emptorem in tantum dominium transtulerit; ex dictis in prioris casus resolutione, tradit in specie glossa, verbo, tuendus, in d. l. si ea res, §. vlt.

12 Vltima † tandem remanebat difficultas ex d. l. si ante acceptum, ff. iudicatum solui: quã supra induximus contra nostram l. si à Titio, quam etiam ibidem opponit, sed non soluit glos. verbo, peteres, in fine. Bart. in eadem nostra l. si a Titio, ad finem, primò respondet in d. l. si ante, agi de iure personali: at in nostro textu, de iure reali. Sed reijcitur: quia sicut in nostra lege, successio superueniens venditorem effecit dominum, qui antea non erat: ita in d. l. si ante, eadem successio hæreditaria vestiuit procuratorem persona testatoris promittentis, cuius loco reponitur; ergo vtrobique idem operari debebat successio, si ad repræsentationem veri domini, vel promittentis respiciamus, & ideo Bart. isti suæ conciliationi non acquiescens, se remittit ad l. Iulianus, ff. qui satisdare cogantur, quæ tamen ad propositam difficultatem tollendam nequaquam aptari potest.

13 Facilius solue, † vt in nostra l. si à Titio, propterea mutatio superueniens in persona venditoris circa qualitatem dominij, nihil immutat de obligatione, qua tenebatur primo emptori: quia primus emptor, solo iure, quod ex traditione rei venditæ acquisiuit, experitur, vt ostendit l. 1. ff. de Publiciana, §. namque si cui, Inst. de actionibus: nec cogit venditorem, vt dominium transferat, quod non vt venditor, sed vt hæres habet; & ita Publiciana sufficit in hoc casu, iuxta nostram l. si à Titio, ad finem, quæ non datur ad petendum dominiũ (cum immò sub colore quæsiti dominij proponatur d. §. namque si cui) sed ad auocandam possessionem, à qua casu ecciderat; qua denuo obtenta à vero domino, dominium in consequentiam consequitur. At verò obligatio d. l. si ante, cum tractum habeat successiuum, ita durat, si persona comprehensa in stipulatione, iudicatum solui, non mutetur, vt patet ibi: *Nam, vt committatur, non sufficere ait, cum ea persona acceptum esse iudicium, quæ stipulatione comprehensa est, sed oportere etiam causam per sona eandem esse, quæ stipulationis interponendæ tempore fuit*; &c. Secundum quæ actus iste semper pendet ante acceptum iudicium, hoc est, ante litem contestatam, quo tempore procurator ex propria persona dominus liti efficitur, obligatio verò de qua in nostra l. si à Titio, non pendet, sed statim consequitur plenarium effectum: & ita nil amplius desiderat in persona venditoris, vt respectu ipsius, & eorum, qui ab ipso causam habent, tutus sit emptor. Vnde si venditor postea factus dominus eamdem rem sine vitio possederit, ab eo tanquam a pristino venditore, poterit quasi uendicari per emptorem: nec exceptio dominij, quod ex successione denuo sortitus est, obesse potest, vt asserit nostra l. si à Titio, quia tunc cessat æquitas de qua agit l. vlt. ff. de Publiciana, nec enim Prætor fictionem iuris ciuilis (secundum quam venditor nomus, & alius dominus videbatur per repræsentationem defuncti) voluit considerare contra naturalem æquita-

æquitatem, qua ductus Publicianam elargitus est.

14 Cur autem † nostra l. si a Titio, & d. l. apud Celsum, §. si a Titio, ff. de except. doli, & d. l. si a Titio, ff. de. except. rei venditæ, & trad. ad effectum vt concedant Publicianam priori emptori (cui res tradita fuit) contra secundum, requirunt, quod à priori pretium solutum fuerit, vel aliundè satisfactum; quod idē est, iuxta §. venditæ, Inst. de rerum diuis. Cum tamen text. in l. de pretio, ff. de Publiciana, dicat, non esse distinguendum, an pretium solutum fuerit, vel non, ad competendam Publicianam.

Glos. verbo, pretio, in nostra l. si a Titio, & verbo, soluto, in d. §. si a Titio, intelligit, in præcitatis iuribus non denegari Publicianam, quamuis pretium solutum non fuerit: quinimmo, id concedi, iuxta d. l. de pretio; Ego tamen contrà puto, videlicet, præcitatata iura, dum concorditer meminere pretij soluti; præsertim per ablatiuum absolutum, qui conditionem inducit, l. à testatore, ff. de cond. & demonstr. & latè notatur in Rubr. ff. soluto matrim. omninò id requirere ad effectum, de quo agunt; & ideo glos. in d. verbó, pretio, ad varias solutiones confugit.

15 Vnde † aduerto, quod aut emptor vult agere vendicatione, siue excipere de dominio: aut vult agere Publiciana. Si ratione dominij experiatur, pretium indistinctè solutum esse debet, aut habita fides de eo, vt probat l. quoties, 15. C. de rei vendicat. quæ sic debet intelligi, ibi; *Ad pretium exoluisse apud præsidem prouinciæ probaueris*; &c. & ibi notat glos. verbo, exoluisse, & verbo, pretio, in nostra l. si a Titio, & in d. l. de pretio; & verbo petentis, in l. siue autem, §. si duobus, ff. de Publiciana; & ita procedit text. in §. venditæ, Inst. de rerum diuis.

Si verò Publiciana experiatur, adhuc distinguendum reor, inter casum, quo intenditur contra venditorem; & casum, quo intenditur contra aliquem extraneum.

16 In primo casu † resoluerem non aliter competere Publicianam, quam si pretium numeratum sit, vel aliàs habita fides de eo, idque licet non probet, notat tamen glossa, verbo, pretio, in nostra l. si à Titio. Et ducor ea ratione: quia quando agitur contra venditorē, semper resricatur quæstio venditionis, vt patet ex nostra l. si à Titio, iuncta glossa, verbo, peteres, & verbo, replicatione, vbi emptor, qui agit contra venditorem, (qui quidem venditor post vēditionem dominus rei fuit effectus) incipit experiri Publiciana; & ad exceptionem dominij, qua venditor vtitur nixus in l. vlt. ff. de Publiciana, replicat emptor de re vendita, quod etiam satis suadet l. si à Titio, ff. de except. rei venditæ; ergo in Publiciana contra venditorem postea dominum factum intentata, semper refricatur quæstio venditionis. Venditio autem non parit actionem ex empto, nisi pretium; aut solutum fuerit, aut oblatum, siue aliundè satisfactum, l. ex empto, l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. empt. & ita debet intelligi l. si quis alienam rem, ff. de act. empt. dum rei alienæ venditor, si postea eiusdem dominus fiat, cogitur implere cōtractum, vt videlicet prius eidem pretium numeratum sit, vel aliundè satisfactum, quod quia fundamentum est emptoris, illi incumbit probatio, d. l. quoties. ibi; *Apud præsidem prouinciæ probaueris*, &c. Similiter non parit exceptionem rei venditæ, nisi pretium solutum fuerit, d. l. si à Titio, ff. de except. rei venditę; nec etiam exceptionem doli, d. l. apud Celsum, §. si a Titio, ff. de except. doli.

17 Vnde † cum intentio Publicianæ respectu venditoris, contra quem proponitur, terminetur in quæstionem uenditionis, & actionis inde prouenientis, si pretium solutum non fuit, vel aliundè venditori satisfactum; sequitur, quod dum res vendita extitit in possessione emptoris, in illa nullum quæsiuit ius reale, vel quasi, aduersus venditorem; & consequenter nō habuit Publicianam in rem actionem, iuxta tit. ff. de Publiciana in rem act. Et ita, si antequam pretium solueret, res ad uenditorem casu rediret, emptori sola actio competeret personalis oblato nunc pretio; quæ quidem sufficiens non erat ad impediendam nouam venditionem alteri faciendam, quæ omninò obtineat, iuxta d. l. quoties, C. de rei uendicat. & ita apparet, pretium necessariò fuisse solutum a priori emptore in terminis nostrę l. si a Titio, & similium, antequam res ad eundem uenditorem reuerteretur. Alioquin posterior emptor obtineret, secundum d. l. quoties, cessaretq; nostra l. si a Titio. quippe prior, non soluto pretio, nullam ad rem actionem haberet, sed in personam venditoris tantum agere posset. Vt igitur contra venditorem posset emptor Publiciana vti, duo copulatiuè requiruntur: & quod res ex iusta causa tradita fuerit, l. 1. ff. de Publiciana, §. namque si cui, Inst. de actionibus Ias. in §. sed istæ quidem, nu. 34. Inst. eodem, & quod pretium numeret, vel aliundè satisfaciat; quibus interuenientibus, quasi dominium acquiritur in re uendita, ratione cuius competit Publiciana in rem actio.

18 Nec † obstabit d. l. de pretio, ff. de Publiciana, vbi Caius inquit: *De pretio vero soluto nihil exprimitur; vnde potest coniectura capi, quasi nec sententia Prætoris ea sit, vt requiratur, an solutum*

batum sit pretium, an non. Etenim respondetur, procedere, quando non intenditur Publiciana contra eum, a quo causa habetur, vt infra latius ostendetur; quo obiter tetigit glossa, verbo, pretio, in secunda solutione, in nostra l. si à Titio, ff. de rei vendicat.

19 Præfata † resolutio ampliatur, vt etiam procedat, quando ille emptor, qui Publiciana experitur, agit aduersus eum, qui ab eodem venditore causam habet: nam cum iste secundus emptor, ac possessor reguletur, ac venditor ille communis, & quasi per circuitum ad ipsum perueniatur, vt satis clare docet l. c. in nostra l. si à Titio, & in d. l. apud Celsum, §. si à Titio, ff. de except. doli, & d. l. si à Titio, ff. de except. rei venditæ, notat aliàs glos. verbo, petentis, à medio, in l. siue autem, §. si duobus, ff. de Publiciana: sicut Publiciana non competit contra venditorem, quin prius numeratum fuerit pretium in prima traditione rei, ita non competet contra eum, qui ab eodem venditore in posteriori loco causam habet; & ita tenent innominati illi Doctores, quos immeritò damnat glossa, verbo, petentis, in l. siue autem, §. si duobus, ff. de Publiciana.

20 In secundo † verò casu, nimirum quando agitur contra tertium, qui nec venditor est, nec ab eodem venditore causam habet, securè resoluendum est, Publicianam indistinctè competere; nec ei opponi posse de pretio adhuc non soluto, vt decidit text. in d. l. de pretio, qui in his tantum terminis debet intelligi: nã Publiciana, quæ à Prætore introducta fuit æquitate suadente, non contra eum, à quo causa habetur (quod insolitum erat) sed contra reliquos regulariter concessa fuit, vt patet ex l. 1. ff. de Publiciana; vnde nihil mirum, quod d. l. de pretio de ijs, quæ frequenter contingunt, intelligatur: non verò de ijs, quæ rarò accidunt, iuxta regulam l. iura constitui, cum l. sequenti, ff. de legibus.

Nec tunc poterit tertius ille vti eadem exceptione non numerati pretij, qua vtitur venditor, vel qui ab eodem venditore causam habet, iuxta supra posita: nam quoad tertium, respectu pretij non soluti, liberas ædes (vt dicitur) habet ille, qui Publiciana experitur, secundum regulam l. 4. §. competit, ff. si seruitus vendicetur; & vel præsumetur solutum, vel habita fides de eo.

21 Vt autem † materia nostræ l. si à Titio, ff. de rei vend. plenariè intelligatur, ad instar duorum casuum, quos supra in initio proposui, duæ adhuc species sunt constituendæ. Prima est, quando ab eodem non domino, duobus successiuè eadem res vendita, & tradita est, quisnam præferendus sit? Secunda, quando à diuersis non dominis eadem res duobus védita, & tradita est, quis potior sit iudicãdus?

Et quod attinet ad primam speciem, clari iuris est, quod primus emptor, cui tradita res est, sit præferendus: nam in hoc casu militant à fortiori eæ rationes, quas supra pro intellectu nostri text. in resolutione primi casus proposuimus, & in terminis est text. in l. siue autem, §. si duobus, in principio, ff. de Publiciana, ibi: *Vt si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est*; &c. In quo casu necessarium etiam puto, pretium iam solutum esse, vel aliũdè satisfactum ab eo, cui priori res tradita est, aliter enim non habebit realem actionem, hoc est, Publicianam, iuxta superius dicta.

22 Obstat † tamen maximè idem Vlp. in l. si debitor, ff. de pignoribus, & Iulianus in l. 1. §. 1. ff. de Saluiano interdicto, vbi ab eodem duobus re pignori data, ille tantũ inter eosdẽ præfertur, qui possidet, nõ verò cui priori data est, cũ per pignoris dationẽ ius reale resultet, l. pignoris persecutio, ff. de pignoribus; & ita videbatur nihil mansisse, quod secundo creditori obligandu foret, & ob id debitor, stellionatus nomine punitur, in l. si quis in pignore, vers. sed extra, iuncto §. 1. ff. de pignorat. act. quæ omnia suadent illum præferendum, cui priori res obligata fuit.

Grandis quidem difficultas est, verũ euitari forsan poterit, distinguendo inter Publicianã actionẽ, & Seruianã, vel Saluianũ interdictũ: nam licet vtraq; sint remedia realia, vt cõstat ex dictis, nihilominus tendũt in diuersos fines: nam Publiciana tendit in finẽ dominij, dicit enim vsucaptũ, quod vsucaptum nõ est, §. nãque si cui, Inst. de actionibus. At pignoratitiæ illæ actiones tendunt dumtaxat in securitatem debiti, pro quo persona debitoris principaliter obligata est, & remanet; Vnde cũ in Publiciana principaliter agatur de conseruando iure quasi dominij in re, ille præfertur, qui se prius quasi dominũ esse probauerit; implicat enim eodem tempore esse duos in solidum eiusdem rei dominos, vel quasi, respectu eiusdẽ fontis, à quo vterq; causam habet, argumento text. elegantis, in l. quod contra, §. vni duo, ff. de regulis iuris. Ceterũ in actionibus pignoratitijs, cũ principaliter agatur ad securitatẽ debiti, pro quo debitor semper manet obligatus, nõ verò de iure aliquo proprio conseruãdo in re; (cũ dimisso priore creditore pignus maneat pro secũdo, & ita in infinitũ) ille tantũ interim præfertur, qui possidet, cũ alterius creditoris causa principalis, integra, & illæsa maneat, licet nõ ita secura, quoad effectum. Cũ igitur in pignoratitia nõ excludatur ius alterius creditoris, immò sit compatibile respectu eiusdẽ debitoris, ratione multiplicis æris alieni, nihil mirũ, quod

ille præferatur, qui possidet: quia in tali iure pignoratitio omnes creditores sunt pares, & qui possidet, iã habet aliquid amplius reliquis; ergo meritò præfertur possessor in eo iure, quod penes plures æquè esse potest: quod non ita eueniebat in Publiciana, respectu eiusdem venditoris, vt supra ostendimus.

23 Quod verò † attinet ad secundã speciẽ, quã do videlicet à diuersis non dominis eadem res duobus vendita, & tradita est, quis ex illis præferendus veniat? in ea maior difficultas est: nã Vlp. in d. l. siue aũt, §. si duobus, vers. qđ si à diuersis, ff. de Publiciana, decidit, illũ esse potiorẽ, qui possidet, siue sit ille, cui priori, siue cui posteriori res tradita est, vt patet ibi; *Quod si à diuersis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis, quæ sententia vera est*; &c.

Contra verò stare videtur Neratius, in d. l. si ea res, §. vlt. in primo responso, ff. de actionibus empti, vbi præferendum dicit eum, cui priori res tradita est; nihil verò exprimit de possessore, vt patet ibi: *Siue ab eodem emimus, siue ab alio, atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius apprehenderit*; &c.

24 Glos. † verbo, apprehenderit, in d. §. vlt. quã ibidẽ sequuntur Alber. Salicet. & glos. verbo, petentis, in d. vers. quod si à diuersis, rem componit dicendo, quod quando agitur contra tertiũ extraneum, ille præferatur ex duobus, qui à diuersis non dominis rẽ acceperunt, cui priori tradita fuit, argumento d. l. si debitor, ff. de pignoribus. Si verò inter se concertent, præferatur possessor.

Quę quidẽ conciliatio, si supponit extraneũ illum esse actorẽ, inutilis est: quia ille, qui possidet, siue sit prior, siue posterior emptor, semper tutus est; & quoad illũ extraneũ, qui se dominum non ostendit, liberas ædes habet, l. 4. §. competit, ff. si seruitus vendicetur. Si tamen agatur contra extraneum, qui possidet, & vterque non concurrat, quilibet indistinctè vincet, etiã si posterior emptor fuerit, vt eleganter innuit d. l. si debitor, ff. de pignoribus, & inferius amplius probabitur: si uerò datur vtriusq; concursus, & contentio est quis sit præferendus ad agendum, semper ille præferetur, cui priori res tradita fuit: quia videlicet, vltra paritatem causæ, quã habet cum altero, habet simul antiquius ius in re, & tamen tunc contentio est inter ipsos emptores, ergo prædicta glossæ conciliatio non est adæquata.

25 Vnde tutius † concordarem præfata iura, vt nimirum d. l. siue aũt, §. si duobus, vers. quod si à diuersis, procedat, quando vnus ex illis, qui à diuersis non dominis emit, possidet rem venditam, alter non; vt tunc præferatur possessor. At d. l. si ea res, §. vlt. procedat, quando neuter possidet; sed quæstio est inter ipsos emptores, quisnam præferendus sit in petitione aduersus tertiũ detentatorẽ (contra quẽ quilibet ex illis citra concursum obtineret, d. l. si debitor, ff. de pignoribus) vel ẽt, si possessio sit in sequestro, iuxta text. in l. licet, vers. vlt. ff. depositi; & tunc dicit Neratius in d. l. si ea res, §. vlt. illũ præferendũ, cui priori res tradita fuit, vt patet ibi; *Is ex nobis tuendus est*; &c. vbi nequaquã meminit alicuius extranei, quasi illius rõ aliquid operetur (vltra quã id diuinatiuũ est) sed tantũ spectat, quis ex duobus eiusdẽ rei traditę emptoribus, pręferendus sit, dũ inter ipsos agitur, vel de prælatione ad petendam rem, vel de recipiẽda à sequestro, q. interim solus possidebat.

In quo cõsidero vtriusq; diuersæ decisionis eandem esse decidendi rõnem: nã in d. vers. si à diuersis, ꝓpterea præfertur ille q. possidet, qa in se habet idẽ omnino ius, qđ alter habet, & insuper possessionem, respectu cuius iã potior est. ita ẽt inter nõ possessores, ille cui priori res tradita fuit, habet pro se idẽ omnino ius, quod posterior quæsiuit, & insuper prioritatem sui iuris realis, cuius ratione præferendus est; argumento tex. in l. potior, ff. qui potiores, cũ alijs.

26 Nec pro † communi glossæ conciliatione, quã reprobauimus, facit allegata l. si debitor, ff. de pignoribus, quia loquitur, quando ab eodẽ debitore eadẽ res duobus pignori data est; & ita ad primã speciẽ supra positã ptinet, vbi specialẽ eius decidendi rationẽ assignauimus. Quinimmo quãuis illius decisio huc ẽt trahe retur; ipsa dum loquitur de extraneo, supponit neutrum ex creditoribus possidere, sed extraneum, contra quẽ intenditur pignoris persecutio: & propterea asserit, indistinctè alterutrũ in solidũ agere posse; quia cõtra talẽ extraneũ quilibet obtinere potest: non tñ determinat, quis in concursu præferatur ad agendum, si in eo quæstio sit. Quando verò dicit, possessorem pignoris ex creditoribus esse pręferẽdũ, clarè loquitur, quando est possessio penes alterutrũ, & ita non decidit, inter nõ possessores quis pręferatur ad persequendum pignus. Ego puto præferendum eum, cui priori res pignori data est, secũdum iuris principia, in l. qui balneum, in l. potior, ff. qui potiores, vnde apparet d. l. si debitor, apertè facere pro nostra cõciliatione.

27 Adhuc tandẽ † nostræ cõcordię videtur obstare d. l. si ea res; §. vlt. ibi; *Is ex nobis tuendus est*; &c. vbi verbũ illud (*tuẽdus*) videtur supponere possessionẽ, in qua quis defenditur: & ita loqui Neratius in ijsdẽ terminis, in quibus Vlpianus cõtradicit, i. d. vers. qđ si à diuersis. Respõdetur tñ, verbũ illud, non tam ad tuitionem possessionis, quam ad tuitionem iuris pertinere, vt ostẽdit d. §. vlt. vers. vlt. ibi: *Is omnimodò tuẽdus est*; &c. vbi loquens de eo, qui à vero domino rem emit, dicit omnimodo tuendum: & tamen

men tuitio ista non solum proficit illi possidenti, sed etiam agenti: cum verus dominus possit rem suam vindicare, etiam aduersus bonæ fidei possessorem, dum vsucapta non est, ergo præcedens Neratij locutio generaliter intelligitur de tuitione iuris.

28 Atque ita † resoluimus contra illum, qui bona fide rem accepit, interuentu iusti tituli (qui non resoluatur in non titulum, qualis est, qui habetur ab eodem venditore, resoluitur enim in non titulum, iuxta supra dicta) non competere Publicianam. Vnde iam apparet, in quibus terminis accipienda sit communis illa Doctorum conclusio, quæ asserit, Publicianam non dari contra titulo possidentem. Ias. in §. sed istæ quidem, nu. 19. Inst. de actionibus, Alex. in l. rem, quæ nobis, nu. 9. vbi Socin. nu. 12. ff. de acquir. possess. Gomez. 2. tomo, cap. 2. nu. 20. Late Afflict. Decis. 40. vt videlicet, procedat, quando à diuersis non dominis eadem res duobus, pluribusue vendita est, & ab vno possidetur; vt contra istum possessorem Publiciana non prosit.

29 Secundum quæ † non dabitur Publiciana contra possidentem titulo pro hæredi: nam possessio accepta ratione tituli pro herede, Publicianam præstat, l. sunt & aliæ, ff. de Publiciana, vbi ita expressit glos. 1. producit etiam vsucapiendi conditionem, iuxta tit. ff. & C. pro hæredе; ex quibus consequitur iusto titulo possidere, & contra illum non dari Publicianam, secundum superius positam doctrinam, quidquid perperam contradicat Ias. in d. §. sed istæ quidem, à nu. 23. cuius fundamē-tum (vt id obiter dicam, ne aliquem fallat) de-

30 ducitur ex eo, quod † petitio hæreditatis non datur contra titulo possidentem, iuxta Bart. & reliquorum doctrinam, per text. ibi, in l. hæreditas, C. de petit. hæredit. Couar. pract. quæst. cap. 12. nu. 2. Et tamen ex eodem textu & ex l. regulariter, ff. de pet. hæred. constat dari contra possidentem titulo pro hærede.

31 Quo fundamento † deceptus fuit Ias. non aduertens rationem differentiæ manifestam inter Publicianam, & petitionem hæreditatis, licet vtraque non detur regulariter contra titulo possidentem: nam petitio hæreditatis in hoc tendit, vt actor pronuncietur hæres defuncti, Couar. d. cap. 12. à nu. 1. vbi latè com probat: quod si reus id non inficietur, alleget tamen causam, ob quam etiamsi petitor sit hæres, res ad ipsum petitorem non pertineat; cessat omnino iudicium hæreditatis, & recurrendum est ad rei vendicationem, cuius occasione examinabitur titulus rei conuenti, qui tunc manebit directò contrarius, vt eleganter, vt solet, comprobat insignis Couar. d. cap. 12. nu. 2. At si titulus, quem reus habet, est pro hærede, (licet sit verissimus titulus, vt probauimus) cum tamen sit directò contrarius petitioni hæreditatis, qua actor intendit pronununciari hæredem, contra illum rectè procedit petitio hæreditatis, qui cum vniuersalis sit, & in finem, vt reus pronuncietur hæres, ordinatus etiam est ad suscipiendam controuersiam generalem, quæ in ipsissimum finem tendit. Ex quibus colligitur, titulum pro hærede, esse verum titulum: sed ex speciali ratione, (quam proximè assignauimus) petitio hæreditatis contra illum procedit, quamuis regulariter non detur contra titulo possidentes; quæ quidem specialis ratio cum cesset respectu Publicianæ, & titulus pro hærede, sit verus titulus; sicut Publiciana non datur contra titulo possidentes, ita etiam non competet contra possidentem pro hærede, dummodo ab eodem non domino titulum hunc hæreditarium non habeat, alioquin, sicut antiquo possessori actio competebat contra defunctum, iuxta supradicta, ita & contra eius hædem competet, l. nemo plus, ff. de regul. iuris.

SVMMARIVM.

Late agitur de intellectu l. præses. 27. ff. de re iudicata. à nu. 1. & præcipuè. à nu. 23.

Sententia contra leges, Constitutiones, Senatusconsulta, Canone tue prolata, nullius momenti est. d. num. 1.

Vsura vsurarum etiam de iure ciuili erant prohibitæ. ibidem.

Refertur, & reprobatur communis interpretatio ad d. l. præses, à nu. 2.

Etiam attenta communi opinione, aliquando sententia ipso iure nulla est, quamuis error iuris non exprimatur in tenore ipsius. numero 3. & numero 32.

Sententia dicitur continere certam quantitatem per relationem ad acta. nu. 4.

Leges prohibitiuæ aliquando denegant actum simpliciter, & absolutè; aliquando verò secundum quid. exempla. à nu. 5.

Lex, quæ prohibet altius certa mensura ædes eleuari, vel impediri prospectum maris, potest remitti ex consensu vicinorum, quibus nocet. n. 6.

Differentia inter leges prohibitiuas quoad nullitatem sententiarum, quæ contra illas feruntur. à nu. 7. & nu. 12.

Sententia directò lata contra leges simpliciter prohibitiuas, est ipso iure nulla: quamuis iudex errorem iuris pro fundamento non sumat. nu. 8.

Explicatur obiter l. 2. C. quando prouocare. ibidem. & nu. 13.

Explicatur obiter Ord. Lusitana, lib. 3. tit. 75. in

princip. d. numero 8.

Quando sententia directò non fertur contra leges, est ipso iure valida. nu. 9.

Sententia directò lata contra leges prohibitinas, quæ in obliquo casu deficere possunt, non est ipso iure nulla. nu. 10.

Declara tamen, nisi cõtra generalitatem ipsarum pronuncietur, vel in sententia tollantur circumstantiæ, in quibus cessant. nu. 11.

Explicatur obiter l. 1. §. item cum contra, ibi; Dixerit neque filios; &c. ff. quæ senteut. sine appell. ibidem. ad finem, & num. 26 & de ratione vide nu. 29. ad finẽ, & nu. 40.

Assignatur differentia inter casus, in quibus iuris error pro fundamento sententiæ sumitur, & quando pro fundamento causæ, & explicatur, quid sit iuris error pro fundamento contra leges, & pro fundamenso contra ius litigatorum. nu. 14.

Explicatur l. moris, §. sed enim sciendum, ff. de pœnis, nu. 15.

Decuriones non possint certis pœnis subijci, nec inconsulto principe damnari: quomodo id intelligatur. ibidem.

Aliquando potest damnare personam priuilegiatam inconsulto Principe, si causa publica id suadeat. ibidem.

Contra sententiam, quam princeps confirmauit, potest appellatio recipi. ibidem, ad finem.

Explicatur l. relegatorum, 7. §. ad tempus, ff de interdictis, & relegati. ibi: Vt non infirmarentur sententiæ; &c. a nu. 16.

Rescripta Principum regulariter priuatis impetrantibus prosuns. nu. 17.

Sententia lata contra rescriptum Principis in alium casum concessum, non est nulla. ibidem.

Vt sentẽtia contra ius prolata sit ipso iure nulla, oportet, quod ius sit manifestum. nu. 18.

An sententiæ lata contra rescripta in similibus terminis obtenta. saltem per appellationem sint rèscindendæ? disputatur. num. 19. & negatiue rèsoluitur.

Rescriptum ab vno impetratum prodest alij, qui permixtam causam habet. ibidem.

Sententia lata contra rescriptum, postquam generaliter ad iuris corpus redactum est, ipso iure nulla est. nu. 20.

Sententia lata contra rescriptum à priuatis impetratum, quod est declaratiuum iuris communis aliàs obscuri, est ipso iure nulla: si notitia rescripti ad iudicem permut. nu. 21.

Omni iure attento sub ratione interesse damni emergentis, vel lucri cessantis vsuræ debentur. numero 22.

Latè agitur de intellectn l. cum prolatis. 32. ff. de re iudicata. à nu. 27. & præsertim, à num. 38. & num. 41.

Refertur, & reprobatur quadam glossa interpretatio ad d. l. cum prolatis, nu. 28.

Sententia lata contra sententias aliorum iudicum, non est ex eo capite nulla. ibidem.

Refertur, & reprobatur quadam Bart. & aliorum interpretatio ad d. l. cum prolatis, nu. 29.

Sententia lata contra leges extrauagantes notas, est ipso iure nulla. ibidem.

Refertur, & reprobatur quadam Iasonis explicatio ad d. l. cum prolatis, nu. 30.

Refertur, & reprobatur alia Bart. & aliorum interpretatio ad d. l. cum prolatis, nu. 31.

Sententia lata contra leges multos intellectus habentes, non est ipso iure nulla, ibidem.

Refertur, & reprobatur quadam Felini interpretatio ad d. l. cnm prolatis. nu. 32.

Quid sit directo iudicare contra leges à num. 33.

Sententia lata contra leges per similitudinem adductas non est ipso iure nulla. ibidem. cum nu. seq. & de ratione, nu. 35. ad finem.

Declara nisi similitudo à lege specialiter fiat in casu proposito. ibidem.

Quomodo teneatur iudex iudicare secundum leges similes, nu. 35.

Explicatur obiter l. si expressim, ff. de appellat. ibidem.

Sententia prolata contra legem comprehensiuam casus propositi, est ipso iure nnlla. nu. 36.

Elegans proponitur casus, in quo sententia lata contra leges adductas in similitudinem, est ipso iure nulla. nu. 37.

Sententia expressim in ipsius tenore lata contra leges, quatenus similes adducuntur, non est ipso iure nulla. nu. 39.

Explicatur cap. 1. extra, de sent. & re iudic. numero 42.

Latè agitur de intellectu l. qui testamento, 37. ff. de excusat. tutor. à num. 43. & pracipuè à numero 48.

Sententia, quæ exprimit vnum fundamentum repugnans iuris principijs, & omittit aliud verum, & efficax à parte propositum in actis, est nulla ipso iure. d. nu. 43.

Refertur, & reprobatur quædam interpretatio ad d. l. qui testamento, ibidem. cum numero seqq.

Refertur, & reprobatur alia interpretatio ad d. l. qui testamento. a num. 46.

Aliud est, manere quem obligatum vigore sententiæ; aliud, non esse excusatum per illam. nu. 47. & nu. 49.

Vitium in sententia, non semper nullitatem, aliquando defectum significat. nu. 50.

Scæuola I. c. semper de iure tantum respondebat. nu. 51. & num. 49.

CA-

CAPVT XIX.

Ad Modestinum in l. Præses, 27. ff. de re iudicata, & Marcianum in l. cum prolatis, 31. ff. eodem tit. & de conciliatione cum l. 1. §. Item cum contra, ff. qua sententia sine appell. & tandem de intellectu l. qui testamento, 37. ff. excusationibus tutorum.



1 IN ea † quæstione satis decantata, an sententia lata contra leges, Constitutionesue, sit nulla, contra eam partem, quæ asserit nullam esse, iuxta text. in l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sententiæ sine appell, l. 2. C. quando prouocare non est necesse l. si expressim, ff. de appellat. cap. 1. extra, de sententia, & re iudic. ab omnibus statim opponuntur d. l. pręses, & d. l. cum prolatis, ff. de re iudicata.

Et quod attinet ad d. l. præses, ita scribit Modestinus: *Præses prouincia in vsuras vsurarum condemnauit contra leges, & sacras Constitutiones: ideoque Lucius Titius contra prolatam sententiam iniustam præsidis appellauit. Quæro, si non secundum legem Lucius Titius prouocasset, an exigi possit pecunia secundum condemnationem? Modestinus respondit, si in sententia certa quantitas continetur, nihil proponi, cur iudicati agi nō possit.*

Cum igitur sententia in vsuras vsurarum condemnasset, quod legibus, & constitutionibus, expresse improbatum erat, l. si non sortem, in princip. & in vers. supra duplum, ff. de condict. indeb. l. vlt. C. de vsuris. videbatur ipso iure nulla esse debere, nec indigere appellatione, d. l. 1. §. item cum contra, & consequenter executioni nullatenus mandari posse.

2 Glossa † secunda in nostra l. præses, quam ibidem sequuntur Alber. Ioannes Imola, nu. 2. & Iaf. glossa itidem verbo, palam, in d. l. 2. C. quando prouocare non est necesse, quam etiam vtrobique sequuntur communiter Scribentes, Bart. in l. 1. n. 1. C. de errore calculi; vbi Decius, n. 11. ante finem, Alexand. cons. 79. col. vlt. lib. 2. Abbas, in cap. 1. n. 6. extra de sentent. & re iudic. Afflict. decis. 28. n. 9. Respondent regulam d. l. 1. §. item contra, & d. l. 2. & d. cap. 1. & l. si expressim, ff. de appellat. procedere, quando expressim contra leges pronunciatur in ipso tenore sententię: secus quando tacitè contra leges pronūciatur: & in hoc secundo membro intelligunt nostram l. præses, quasi iudex expressim non condemnasset in vsuras vsurarum; sed in eam quantitatem, quæ visis actis æquiualebat vsuris vsurarum: & ita prædicta verba nostra l. ibi, *In vsuras vsurarum*; &c. non esse Præsidis decidentis, sed partis allegantis, vt aduertit Iaf. ibidem, num. primo.

Aliàs enim, si Præses in vsuras vsurarum cōdemnasset, (inquit communis interpretatio) non solum sententia esset nulla, quod directò pronunciaret contra ius Constitutionum, l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sentent. sine appel. sed ex capite etiam incertitudinis, iuxta l. penult. C. de sentent. quæ sine certa quantit. profer. apud Lusitanos Ord. lib. 3. tit. 66. §. 2.

Sed hic communis intellectus sustineri nequit. In primis, quia diuinat in interpretatione illorum verborum, ibi: *In vsuras vsurarum*; &c. quæ quidem I. c. in quæstionem vocat, quasi à præside prolata, & ub id asserit partem appellasse, vt patet ibi: *Ideoque Lucius Titius*; &c. vbi pars contra sententiam allegabat pro nunciationem Præsidis in vsuras vsurarum.

Deinde refragatur idem text. in vltimis verbis, ibi: *Si in sententia certa quantitas continetur*; &c. vbi I. c. ad ostendendam nullitatem sententiæ, non recurrit ad errorem expressum in tenore, sed tantum ad incertitudinem condemnationis, & per contrarium, ad validitatem sententiæ non exposcit suppressionem erroris contra leges, sed tantum certitudinem condemnationis.

3 Præterea, vt † ipsi etiam communis interpretationis sectatores agnoscunt, multi sunt, quamuis in ipsorum tenore error non fuerit expressus, vt recenset glos. vlt. ad finem, in l. 2. C. quando prouocare non est necess. Abb. in dicto cap. 1. n. 5. extra, de sentent. & re iudic.

4 Tandem † nihil euincit fundamentum communis intellectus, quod condemnato in vsuras vsurarum, vtpote incerta, nulla erat: nam hoc simpliciter verum non est: etenim, si alias ex actis constitisset de certitudine, condemnatio certa dicenda est, vt clarè constituit l. 3. vbi notant omnes, C. de sentent. quæ sine cert. quantit.

5 Manet igitur inconcussa adhuc difficult. s suprapofita. Pro solutione † præmitte: quod leges prohibitiuæ aliquādo denegāt actū absolutè, ita vt nullo casu, non vigeat earū prohibitio. v. g. ius dictat, impubes ne testetur. l. qua ætate, ff. de testam. §. preterea, Inst. quibus non est permiss. Hæc prohibitio (supposito, quod vbiq; vigeat, & impuberem etiam militem comprehendat, de quo infra in lib. 2.

disputabitur, an testari valeat?) nullum casum excludit. Idem dico, de illis legibus, quæ absolutè, & indistinctè prohibent.

6 Aliquando † verò ita denegant actum, vt in aliqua circumstantia cessent, v. g. filiusfam. ne testetur, princip. Instit. quibus non est permissum facere, cessat tamen prohibitio, si testetur de castrensibus, vel quasi, vt late egimus sub hoc lib. 1. cap. 5. Dein, ne quis ædes suas altius statuta mensura erigat, l. 4. vbi notat glos. & reliqui, C. de ædificijs priuatis; vel, ne quis impediat prospectum maris, Auth. De noui operis nunciatione, maritimi aspectus, collat. 5. Et tamen si vicinus ille consentiat, cui lex illa prouidet, potest domus altius statuta mensura erigi, vel prospectus maris impediri, vt innuit glos. verbo, tollat, in §. 1. Inst. de seruitutibus. innuit text in l. loci corpus, §. competit, ff. si seruitus vendicetur, & ita cessat difficultas, quam mouebat Minsyng. nu. 13. & reliqui Institutarij, in d. §. 1. & quoad prospectum maris; & satis supponit d. Auth. de noui operis, &c. prohibet etiam lex, ne bona eorum, qui sub cura, vel tutela sunt, vendantur, vel aliter distrahantur, iuxta tit. ff. de rebus eorum, & C. de prædijs minor. cessat tamen prohibitio data causa æris alieni, l. magis puto, §. ob æs, ff. eodem tit.

7 Inter quas † leges prohibitiuas illa differentia est (quod attinet ad præsentem inspectionem) quod contra leges prioris membri directò lata sententia, ipso iure nulla est: nec consequenter indiget appellatione: cum eo ipso censeatur iudex de earum iure iudicare, & locum habet l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. l. 2. C. quando prouocare, &c. quia nullo casu earum vis non obligat. in effectu. Abb. in d. cap. 1. nu. 6. extra, de sententia, & re iudic.

8. Dixi, † directò, vt videlicet iudicis sententia intendat leges expugnare, quibus ipse inferior est, cap. cum inferior, extra, de maiorit. & obed. v. g. si iudex ita pronunciet: quia impubes testari potest, iudico, &c. vel etiamsi non sumat pro fundamẽto iuris errorem, ostẽdat tamen expressim se illum supponere. v. g. si dicat; pronuncio Titium impuberem testari posse, cum tamen clarissimi iuris sit, impuberem testari non posse, & ita in terminis procedit d. l. 2. C. quando prouocare, quod elegãter disposuit Ord. Lusitana, lib. 3. tit. 75. in princip. ibi: *Direitamente iulgasse, que omenor* &c. nam in his terminis de iure legum dicitur iudex pronunciasse, cum principaliter contra illas feratur sententia, alias non ferenda.

9 Attamen † si non expresse, vel suppresse contra leges pronunciet directò: sed dumtaxat dicat, pronuncio Titium testari posse, quamuis in actis à parte allegaretur, & probaretur, Titium esse impuberem: non proinde tamen sententia erit nulla, sed tantum iniusta: quia non est directò contraria legibus, cum iudex, licet iniuste, putare possit, vel putandum censeat, illum Titium non esse impuberem (de quo vtrinque probationes in actis fuerant receptæ) & per consequens testari posse; & ita non de iure legum, sed litigatorum iudicat. & in his terminis necessaria est appellatio, l. 1. §. item cum contra, vers. quod si de iure suo, ff. quæ sent. sine appell. elegans glos. quæ ita docet, verbo, palam, ad med. in d. l. 2. C. quando prouocare, Abb. in d. cap. 1. num. 7. & ceteri.

10 Quod verò † attinet ad leges posterioris membri; quamuis contra illas directo proferatur sententia; non erit ipso iure nulla, v. g. si iudex dicat, pronuncio Titium altius statuta legibus mensura ædes suas eleuare; vel pronũcio Titium filiumfamil. testari posse; vel decerno rem minoris alienari posse. Ratio est: quia cum iuxta supradicta, possit dari circumstantia, in qua lex cesset, præsumitur in dubio ob eam taliter iudicatum, cõtra verba potius, quam contra mentem prædictarum legum.

11 Quod † tamen notabiliter declara, nisi iudex istas posteriores leges in sua generalitate erronee pro fundamento expresse, vel tacitè assumpserit, v. g. si dicat: quia altius statuta mẽsura, cuiquam licet ædes suas eleuare: vel, quia omnis filiusfamil. testari potest; vel quia res eorum, qui sunt sub cura, vel tutela, simpliciter, ac liberè alienari solo decreto iudicis interueniente possunt, iudico Titium ædes suas quãtum velit erigere; vel testari posse; vel validã esse rerum pupillarium, & similium solo decreto interposito liberè factam alienationem. At si dicat, pronuncio Titium ædes suas ad libitum eleuare posse, quamuis vicini non sentiant: vel Titium filiumfam. testari posse, quãuis non habeat peculium castrense, vel quasi: vel res minorum posse alienari, quamuis non detur causa æris alieni: nam in primo exemplo expressè iudicat de iure legum; cum cõtra illas iudicet prout regulariter proponuntur; & ita manifeste ostendit, se non respicere circumstantiam, in qua leges illæ deficiebant. In secundo verò exemplo, licet contra leges expressè non iudicet, prout regulariter proponũtur: cum tamen iudex tollat circumstantias, in quibus ipsæ cessabant, tacitè contra suam generalitatem pronunciare colligitur, & ita de earum iure iudicare, contra regulam d. l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. ibi: *Dixerit, neque filios, neque ætatem ad muneris excusationem prodesse*; &c.

12. Atque † ita maneat differentia, inter prædi-

ctas

ctas leges prohibitiuas; quod ad effectum, vt sententia sit ipso iure nulla contra leges prolata; sufficiat quidem contra priores directo pronunciare saltem tacitè; nec requiratur illarũ oppositum pro fundamento accipi; at contra posteriores requiratur, quod illarum oppositũ vel pro fundamento sumatur; vel saltem tollatur casus, in quo ipsæ non prohibent, aut cessant; quia tunc contrarietas manet directa contra ipsorum dispositionem.

13 Ex † quibus patet, d.l.2.C. quando prouocare non est necesse, vt supra dixi, ostendere, sententiam contra leges simpliciter, & absolutè prohibitiuas, esse ipso iure nullam; quamuis oppositum legum non sumatur pro fundamento, vt patet ibi: *Potuisse defunctum etiam minorem 14. annis testamentum facere*; &c. vbi non sumpsit pro fundamento impuberem posse testari, etiam minorem, hoc est, non obstante, quod esset minor: nam ibidem verbum (*minorem*) non sumitur in genere, sed in indiuiduo, hoc est, Titium minorem: at quando oppositũ legum pro fundamento accipitur, debet sumi oppositum legum in generalitate illa, qua ipsæ leges loquuntur. Verum, quia in causa proposita nullatenus (ex suppositione) tales leges impuberi testari permittebant, ex tali sententia colligitur tacitè (necessariò tamen) error iuris, quo casu omninò inualida est.

14 Nec † obstant verba d.l. 2. ibi: *Ac per hoc Auiam potiorem*; &c. vbi videtur Imperat. accipere pro fundamento sententiæ, iuris errorem, & repugnãtiam. Quia respondetur, talem iuris errorem non esse acceptum pro fundamento sententiæ contra leges, sed pro fundamento causæ contra litigatores, quod diuersũ est: nam licet iuris error, qui pro fundamento contra leges sumitur, sit etiam pro fundamento causæ decidendæ: non tamen è conuerso iuris error, qui accipitur pro fundamento causæ, est etiam semper pro fundamento contra leges, constitutionesue. v. g. si iudex ita pronunciet: quia altius statuta mensura possunt aliquando ædes eleuari, iudico Titium suas eleuare posse: nam cum in dubio præsumatur pro sententia, & consequenter iudex, qui ita pronunciauit, respexisse ad terminos habiles, in quibus valere poterat ædium eleuatio (de quibus in actis facta fuerat mentio) tunc fundamentum prædictæ sententiæ creditur esse, non quidem iuris error, sed limitatio, & exceptio, & tamen eadem iuris repugnantia nõ sumitur pro fundamento contra leges; cum eas iudex in sua generalitate indemnes seruet, ac declinet. Voco autem fundamentum causæ, quod assumitur ad pronunciationem talẽ, vel talem; fundamentum verò contra leges, quod directò, & principaliter tendit in ipsas; licet exinde etiam fundamentum contra ius litigatorum deducatur: ex hoc oritur iniustitia; ex illo nullitas sententiæ, d. l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell.

15 Infertur † Secundò intellectus ad text. in l. moris, §. sed enim sciendum, ff. de pœnis, ibi: *Nam in primis decuriones in metallum damnari non possunt, nec in opus metalli, nec furcæ subijci, vel viui exuri, & si forte huiusmodi sententia fuerint affecti, liberandi erunt. Sed hoc non potest efficere, qui sententiam dixerit; verum referre ad principem debet, vt ex autoritate eius pœna, aut permutetur, aut liberetur.* &c. quibus verbis videtur valuisse sententia contra leges prolata. Quod augetur ex eo, quia nec pronunciare iudex poterat, quin prius principi rescriberet, si crimen graue erat, l. Diui fratres, §. vlt. ff. de pœnis, text. expressior in l. 1. §. 1. vers. simili modo, ff. quando appellandum sit.

Verum respondetur, quod dicta lex prohibitiua, quæ in argumentum adducta est, non denegat omninò Decuriones, vel similes personas præfatis pœnis subijci: sed tantum id nõ regulariter, nec inconsulto principe fieri posse, iuxta d. l. 1. §. 1. vers. simili modo, d. l. Diui fratres, §. vlt. cum multis alijs. Aliquando tamen si delicti qualitas, & circumstantiæ suadeant, v. g. quando aliter tumultus populi sedari nequeat, iudex inconsulto principe, & prohibitis aliàs pœnis subdere poterit (si videlicet secundum delicti grauitatem id consentiente principe fieri posset) patet ex l. penult. ff. ad legẽ Corneliam de sicarijs. Et quod aliqua causa subesset in d. §. sed enim sciendum, probatur ex eo, quod ibidem inconsulto principe sententia dicta fuit, quod æque generaliter prohibitum erat, sicut & prohibitis pœnis afficere, d.l. 1. §. 1. vers. simili modo, d.l. penult. supposito igitur, quod causa subest, vel subesse præsumitur ex facto iudicis, nihil mirum, quod sententia interim teneat, ac valida censeatur, præsertim, quia licet ipso iure subsistat, non tamen adhuc executioni mandari potest, quin princepi rescribatur, qui vel pœnam permutabit, vel omninò tollet, vel confirmabit, d. §. sed enim sciẽdum, d.l. 1. §. 1. vers. simili modo. Quinimmo & postquam princeps consultus approbet sentẽtiam, adhuc damnato appellare licet, nõ quidem aduersus Principem, sed aduersus iudicis calliditatẽ, qua motus Princeps cõfirmauerat, sententiã, d.l. 1. §. 1. ff. quãdo appellãdũ sit.

16 Infertur † tertio, ad textũ in l. relegatorũ, 7. §. ad tẽpus, ff. de interdictis, & relegatis, ibi: *Ad tempus relegatis, neque tota bona, neq; partem adimi debere Rescriptis quibusdam manifestatur*; &c. iuncto vers. vlt. ibi: *sic tamen, vt nõ infirmarẽtur sententiæ, quæ ita sunt prolatæ*; Constat autẽ id

id quod principi placet, legis habere vigorem, & constitutionem dici. l. 1. ff. de constitut. §. quod principi, Inst. de iure naturali, &c. simul etiam constat sententiam probatam contra constitutiones ipso iure nullam esse, l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sentent. sine appel. l. si expressim, ff. de appellat.

17 Ceterum † respondetur, rescripta principum ad priuatorum preces, regulariter ipsis tã tantum prodesse, vt colligitur ex l. 1. C. de diuersis rescriptis, & licet aliquando ad preces priuatorum obtenta, perennia esse possint, quando ad ius rescribuntur, vt probat l. 2. C. eodem tit. etiam hoc intelligitur respectu personæ, & rei impetratæ, vt notat Ioannes Faber, in d. l. 2. n. 3. & ideo cum generaliter non promulgentur, nec sint clausa iuris corpore; non potest imputari iudicibus, qui contra tenorem horum rescriptorum, quæ in similibus causis emanarunt, sententias fuerant, putantes non fore trahenda in consequentias, argumento d. l. 1. §. 1. ff. de constitut. d. l. id quod principi, Instit. de legibus, vnde eorum sententiæ validæ erunt.

Et quod in his terminis loquatur d. l. relegatorum, §. ad tempus, satis liquit ibi; *Rescriptis quibusdam manifestatur*; &c. vbi I.c. ostendit, multis rescriptis concessum esse, ne relegati ad tempus, bona amitterent. Ex quibus verbis apertè colligitur, non esse aliquid generaliter promulgatum: cum tunc vnica constitutio sufficeret, quod textus non dicit, vt ostendat ad preces priuatorum rescripta emanasse. Quæ cum non sint generales constitutiones, nec consequenter omnibus notæ (quippe à priuatis impetrantur, & priuatorum lucro principaliter cedunt) nihil mirum quod iudicum pronunciationes contra rescripta valeant.

18 Quam † interpretationem suadet etiam d. l. 2. C. quando prouocare, ibi; *Sententiam contra tam manifesti iuris formam datam*; &c. vbi, vt Imperator doceret, quando esset nulla sententia ex eo capite, quod contra leges, constitutionesue pronuncietur, meminit iuris manifestissimi, innuens, quod iuris obscuri, vel aliqualiter ignoti error in iudice, non erat æquè culposus & in supraposita specie multo minus. Quod iuuat Doctorum traditio, quæ asserit, sententiam esse nullam, quasi contra ius prolatam, quando ius est clarum, & manifestum, quod tradit Bart. nu. 2. & Alber. in princip. Ias. n. 12. Alex. à nu. 8. in l. cum prolatis, ff. de re iudicata. Bald. in d. l. 2. n. 6. C. quando prouocare. Abb. in cap. 1. nu. 9. & nu. 13. extra, de sententia & re iudic. vbi Felin. nu. 15. Gabriel. lib. Commun. sub tit. de re iudicata, conclus. 7. nu. 19. apud Lusitanos Ord. lib. 3. tit. 75. in principio.

19 An autem † d. §. ad tempus, admittat appellationem in sententijs, quæ feruntur contra rescripta in alijs causis, & ab alijs personis obtenta? dubium est; & glossa, verbo, reminitor, in d. l. 1. §. item cum contra, quæ sentent. sine appell. putat non esse quidem ipso iure nullam, appellatione tamen rescindi posse in prædicto capite.

Verum contrarium manifestissimè comprobat d. §. ad tempus, ibi: *Sic tamen, vt non infirmarentur sententiæ*; &c. & ibidem ita tenet, sibi contraria glossa, verbo, quæ ita. cuius opinio mihi verior videtur: nam rescripta ipsis tantum, qui impetrant, prodesse solent, vel eis, qui per mixtam causam habent, l. 1. C. de diuersis rescript. iuncta glos. ibidem, verbo, prospectum, tradit Dec. in Rubr. extra, de rescriptis, ante nu. 1. Vnde generaliter deduci potest, sententias prolatas contra rescripta in alijs causis, & ab alijs personis obtenta, firmas omninò esse; quod in fortioribus terminis probat d. §. ad tempus, dum non solum asserit pronunciatum fuisse contra rescripta, sed etiam reprehensas fuisse sententias contra ea pronunciatas, & tamen nõ propterea fore infirmãdas.

20 Declara tamen † supradicta, ne procedant Primò, si rescripta fuerint clausa iuris corpore, ita vt iã in vniuersum ferãtur: nam tunc sententiæ contra talia rescripta iam incorporata prolatæ, quasi contra generales constitutiones, ipso iure nullæ erunt, vt tradit glos. d. verbo, quæ ita, & satis probatur a cessante ratione eorum, quæ supra diximus. Faciunt, quæ tradit Dec. in Rubr. extra de rescriptis, ante num. 1. ad finem.

21 Declara deinde, † ne procedant, si rescripta fuerint declaratiua iuris aliàs obscuri; ipsaque rescripta nota fuerint, tunc enim sententiæ aduersus talia rescripta prolatæ, ipso iure nullæ erunt; nam cum hæc rescripta ius aliàs obscurum manifestum reddant; iudex, qui contra illa pronunciat, iam contra ius manifestum pronunciare videtur, & ita succedit regula. d. l. 2. C. quando prouocare, &c. & ea quæ latè prædiximus.

22 Tandè † principaliter aduerte pro solutione d. l. præses, quod licet attento iure ciuili vsuræ vsurarum non debeantur, d. l. si non sortem, ff. de condict. indebiti, d. l. vlt. ff. de vsuris, & omninò sint reprobatæ à iure Canonico, iuxta totum tit. extra, de vsuris. Vtroq; tamen iure attento, omne interesse siue damni emergentis, siue lucri cessantis, deberi & peti potest, vt est satis vulgare, & notatur in cap. salubriter, extra de vsuris.

23 Quibus † ita præmissis, suppone in nostra l. præses, ab actore petitas fuisse vsuras vsurarum; & a reo prolatas fuisse constitutiones quę vsuras

vsuras vsurarum denegabant. replicasse actorem de suo interesse, quod videlicet maximum damnum passus sit ex dilata solutione pecuniæ, ad quod reficiendum patebat, vt condemnatio sequeretur in vsuras vsurarum: & his vel similibus terminis suppositis, iudicem condemnasse reum in vsuras vsurarum, per relationem videlicet ad acta, & sub ratione eius, quod interest. In quo quidem sententia erat iniusta; quia forsan interesse non erat tanti æstimandum. Et ita reus appellauit, sed non legitimè, id est, non intra tempus ad ritè appellandum, nec seruatis ijs, quæ alias ad ritè appellandum requiruntur. Quærebatur an sententia transijsset in rem iudicatam, & prædicta summa actione iudicati peti possit. & iam non erat dubium, quin prædicta sententia mero iure valuisset: quia, vt diximus, licet vsuræ vsurarum essent prohibitæ, attamen sub ratione eius, quod interest, multo ampliores aliquando peti poterant: & ita præsumebatur iudex pronunciasse in casu limitationis, & in quo prolatæ constitutiones non obligabant: vnde necessaria erat appellatio ad discutiendum interesse. Excluso autem appellationis remedio, solum dubitabatur, an prædicta sententia esset inualida ex capite incertitudinis, iuxta l. penult. C. de sententia, quæ sine certa quantit. & ita ratio dubitandi proueniebat ex eo, quod in vsuras vsurarum conciperetur, quod incertitudinem continere videtur; & propterea I. c. sub distinctione respondet, quod si in tali sententia certa quantitas contineretur, iudicati agi possit: secus si non contineretur. certa autem quantitas contineri dicitur in sententia, quando per relationem ad acta certificari potest, l. 3. in fine, vbi notant omnes, C. de sententia, quæ sine certa quantit.

24 Ex quibus † manifestè colligitur, in d. l. præses, duo ventilari; vnum suppositiuè, alterum expressè. Supponebatur quidem, condemnationem in vsuras vsurarum non fuisse inualidam ipso iure, quasi contra leges, constitutionesue prolatam: quia cum ratione eius, quod interest, potuissent tales leges, constitutionesue limitari, ac deficere, idque in actis proponeretur creditur iudex non de earum, sed de litigatorum iure iudicasse: posse tamen esse iniustam; & ob id appellatione indigere, & cum appellatio non fuerit ritè interposita, sententiam firmam mansisse: & ita quoad hoc, dubitandi ratio nascebatur ex iniustitia condemnationis. Circa secundum totus est I. c. an videlicet præfata sententia executioni mandari possit. & ratio dubitandi proueniebat ex eodem capite, quod scilicet condemnatio facta fuisset in vsuras vsurarum, quæ incertitudinē cōtinere videbatur, & propterea aptè annectitur I. c. decisio, dū tm̄ respicit incertitudinē.

25 Nec obstabit † dicere, diuinatiuam videri prędictam suppositionem: nam id vel alterum simile supponendum est; ita vt principalis dubitatio d. l. præses, non quidem in repugnantia legum, sed in sola incertitudine sententiæ versetur: cum ipsa decisio (vt apparet) solam certitudinem, vel incertitudinem respiciat, & nihil in legibus clarius ostendit terminos, in quibus loquantur, quam ratio decidendi: nam contrarium eius, quod deciditur, est ratio dubitandi; hæc autem terminos aptat.

26 Colligitur † tandem iam non pugnare d. l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. cum nostra l. pręses: nam illa loquitur, quando sententia directò contra leges profertur; & ita de earum iure iudicat. At d. l. præses, ff. de re iudicata, supponit non pronunciari directò contra leges, constitutionesve; quinimmo supponit censeri pronunciatum in terminis, in quibus ipsę leges, constitutionesue deficere poterant; & ita non contra leges, sed potius contra ius litigatorum pronunciatum: vnde nihil mirum, quod appellatione opus sit, aliàs sententia transibit in rem iudicatam, nisi ratione incertitudinis inualida sit censenda.

Succedit nunc Marcianus lib. 3. cognitionum, in l. cum prolatis, 31. ff. de re iudicata.

27 
Bi † ita scribit: *Cum prolatis constitutionibus contra eas pronunciat iudex, eo quod non existimat causam, de qua iudicat, per eas iuuari: non videtur contra constitutionem sententiam dedisse; ideoq; ab huiusmodi sententia appellandum est; alioquin rei iudicatæ statur.*

Quibus verbis decidit I. c. si iudex pronunciet contra leges, putans causam agitatam per eas non iuuari, sententiam ipso iure valere, indigereque appellationis remedio: & ita obstat l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. cum similibus. vbi eo ipso, quod sententia profertur contra leges, ipso iure nulla est, nec indiget appellatione.

28 Accurt. † in d. l. cum prolatis, variè intelligit: & in primis notat in alia litera reperiri *cognitionibus* non vero *constitutionibus*, & ita interpretatur iudicem non teneri sequi aliorum iudicum sententias, l. nemo, C. de sententijs, & interloc. Verum hæc interpretatio exsibilanda est (quamuis verum assumat) in primis, quia omnis litera vulgaris, & sincerior, vtitur verbo,

verbo, *constitutionibus*. Itidem nulla iam esset dubitandi ratio, si de cognitionibus loqueretur, hoc est de sententijs aliorum iudicium, iuxta d. l. nemo, & maneret lex de indubitabili contra regulam l. quod Labeo, ff. de Carb. edict. quod tamen nostra l. cum prolatis, maxime abhorret: cum ex eo, quod pro ratione dubitandi id adduxit: tum etiam propter verba sequentia, ibi *Non videtur contra constitutionem sententiã dedisse*, &c. ex quibus apertè colligitur, in initio de constitutionibus, non verò de cognitionibus loqui.

29 Præterea, non † soluit difficultatem Bart. Angel. & alij, in nostra l. cum prolatis, quatenus dicunt, quod constitutiones, quarum ibi fit mentio, sint extrauagantes; & consequenter sententia contra illas prolata, non sit ipso iure nulla. Sequitur plures referens Abb. in cap. 1. nu. 12. extra, de sententia & re iudic. & ita Ioannes Imola, in nostra l. cum prolatis, audacter dicit, quod sententia contra tenorem legis extrauagantis prolata, non sit ipso iure nulla. Sequitur tandem Cassadorus super Regulis Cancellariç, decis. 7. nu. 5. & decis. 12. n. 3.

Nam hæc communis interpretatio (vt Imola proponit, & reliqui fere sequuntur) est diuinatiua, violans literam, & in se falsa, diuinat: quia text. nullum verbum profert, vnde colligatur, esse legem potius extrauagantem, quã redactam ad iuris corpus. Violat etiam, & in se falsa est, quia licet lex sit extrauagans (dummodo nota sit iudici, vt fuit in d. l. cum prolatis, cum à patre proferretur) contra ipsius tenorem non potest sententia ferri sine vitio nullitatis: nam ratio, ob quam text. in l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. docet indistinctè esse inualidam sententiam, quæ contra leges, constitutionesue pronunciatur, est, quia lex est superior iudice, & ita secundum illam, non verò de illa iudicare potest. Hæc autem ratio æquè militat in lege extrauagante, quæ à iudice profertur, sicut in qualibet alia, ergo, &c.

30 Nec rursus † soluit difficultatem Iaf. in d. l. cum prolatis, nu. 5. vbi putat text. ibi loqui de constitutionibus extrauagantibus, quibus iudex fidem non adhibuit, nec existimauit in se validas. Contrarium namque constat ex textu, nam text. & iudex putauit esse in se veras, ac validas, sed tamen non existimauit per illas causam iuuari, quod longe aliud est.

31 Non etiam † tollit difficultatem secunda interpretatio Bart. in nostra l. cum prolatis, dum putat loqui de constitutionibus plures intellectus habentibus: quem ibidem sequitur Imola, n. 1. & n. 3. & sequuntur reliqui, Abb. etiam in d. cap. 1. nu. 9. extra, de sent. & re iudic. nam licet verũ sit quod sententia lata cõtra legem obscuram, & varias interpretationes ferentm, ipso iure valida sit, vt etiam supra notauimus: textus tamen hic istam expositionem non patitur, cum generaliter loquatur: præsertim, cum dicat iudicem contra constitutiones pronunciasse: non autem bene diceretur contra illas pronunciatum, nisi certæ essent de intellectu; verum cum in eo casu specificè non loquerentur, putauit iudex illis causam non iuuari, vt inquit text. & ob id contra illas pronunciauit: cum tamen facerent multum pro causa, & secundum illas iudicandum esset, iuxta regulã l. non possunt, ff. de legibus.

32 Tandem † non satisfacit Felin. in d. cap. 1. nu. 9. extra, de sent. & re iudic. vbi resoluit propterea, in nostra l. cum prolatis, sententiam tenuisse contra leges pronunciatam, quia iudex non expressit errorem in tenore sententiæ. Verum, contra stat Abb. ibidem, n. 5. & supra ostendimus non semper requiri, vt in tenore sententiæ exprimatur iuris error, ad effectum, vt sententia contra leges lata nulla sit. Deinde text. hic, dum dicit sententiam ipso iure validam, non reddit rationem ex eo, quod non exprimatur iuris error in tenore sententiæ, sed potius ex eo, quod iudex non existimauit causam per illas iuuari. Præterea, text. hic non loquitur de constitutionibus specificè loquentibus in casu iudici proposito, non enim esset adeo crassus iudex, vt prolata constitutione expressa quoad causam propositam, existimaret per talem constitutionem non fore decidendum, aut saltem iuuandum; & si constitutio non est in terminis, quamuis iudex in tenore sententiæ expressè dicat, non obstante tali constitutione, contrarium esse decidendũ, adhuc sententia esset ipso iure valida; vt ex Innoc. tradit Ioannes Imola, in nostra l. cum prolatis. Denique text. hic dicit iudicem contra tales constitutiones pronunciasse, ergo manifestè innuit, earum in sententia meminisse, exprimendo illis causam non iuuari, vel illis non obstantibus, &c. si enim earum aliqualiter non meminisset, saltem implicitè in sententia nõ diceretur contra illas pronunciasse, ergo, &c.

33 Pro † intellectu igitur nostrç l. cum prolatis, & conciliatione cum l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. aduerte, quod iudex qui iudicat contra leges quæ per similitudinem adducuntur ad casus propositi definitionem, contra illas non censetur directò iudicare: nã directò pronunciare contra leges, est de earum iure iudicare: de earum verò iudicare tunc intelligitur, quando de ipsarum vi pronũciat: vis autem legem cõsistit in ijs terminis in quibus emanarunt, & ideo, qui pronunciat contra leges adductas per similitudinem, non pro-

pronunciat directò contra ipsas leges, sed contra similitudinem; & consequenter non iudicat de earum iure, vt requirit d. l. 1. §. item cum cōtra: Nam similitudo fit ab homine, & propterea in ea non consistit natiua potentia legis. Vnde si a lege extensio fieret vnius constitutionis à terminis, in quibus emanauit, ad alios similes, in his constitutio non quidem similis, sed potius specifica diceretur; & contra talem extensionem à lege factam inutiliter iudex pronunciaret, cum verè, ac directò contra legem iudicet: quippè in casu extenso propria vi militat.

34 Concludo † itaque, quod qui pronunciat contra leges similes, prout similes proferuntur in iudicium, directò contra ipsas non pronunciat, nec de earum iure: & sat patet, quia iudex tunc non dicit leges non vigere in suis terminis, sed tantum dicit non facere pro parte proferente: quod arbitrio iudicis relinquitur; nam vt leges similibus terminis aptentur, pendet ex circumstantijs, quæ cum deficere possint, vel non aptè probari, in arbitrio iudicis relinquitur, an per illas causa proposita sit decidenda, vel non; & ideo licet iudex iniustè pronunciet arbitrando causam illis non iuuari, sententia mero iure valet, quamuis iniusta esse possit, & indigeat appellatione. In effectu hanc etiam sententiam tenuit, licet nō ita explicet, Bald. in l. 2. nu. 7. C. quando prouocare. Felin. in d. cap. 1. extra, de sent. & re iud. nu. 15. vers. limita 9. & ibi Abb. n. 14. vbi plures refert. Innoc. quem refert, & sequitur Imola, in nostra l. cum prolatis, n. 1. in fine, Gabriel. lib. 1. communium, tit. de re iudicata, conclus. 7. nu. 21.

35 Nec obstabit, † quod iura dictant, vt secundum similes leges iudicetur, l. non possunt, ff. de legitimis tutor. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 67. nu. 11. Ord. Lusitana, lib. 3. tit. 69. in princip. in vltimis verbis. Respondetur enim, agnoscendo quidem iudicem teneri iudicare secundum leges similes, cum tamen similitudo ista non obliget simpliciter (quando à lege non fit,) sed tantum ex arbitrio, & præhabita ratiocinatione partis, & iudicis; si iudex crassè, aut iniquè dicat, casum propositum non iuuari per prolatas leges, aut constitutiones, videtur tunc euitari vis legum similitudinaria: & sententia iniusta dumtaxat manebit, & consequenter indigebit appellatione. Etenim tunc de iure ciuili (vt notauimus) dicitur sententia nulla, quasi contra leges prolata, quando directò contra illas profertur, & de earum iure iudicatur, l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. resc. hoc autem requisitum non verificatur in legibus in similitudinem adductis, quia cum illis non obstantibus iudex contra pronunciat, earum ius, & robur in terminis terminantibus illæsum, & illibatum relinquit. Et ita sentit Ord. Lusitana, d. lib. 3. tit. 75. in princip. & clarè determinat I. C. in l. si expressim, ff. de appell. ibi: *Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges, vel Senatusconsulta, vel Constitutiones fuerit prolata*, &c. id est, si fuerit prolata contra leges specialiter in terminis loquentes; aliàs, si proferatur contra leges, non specialiter, sed similitudinariè loquentes, non erit ipso iure nulla. Quod merito constitutum est suadente publica vtilitate: nam si quælibet sententia, quæ contra leges in similitudinem adductas profertur, quasi illis causa non iuuetur, esset nulla ipso iure, nec in rem iudicatam transiret, perpetuis litibus vexaretur Respubl. litesque ex litibus orirentur, contra regulam l. singulis, 6. ff. de except. rei iudicatæ, parumque prodesset terminu à iure assignatus ad appellandum; nam semper, & vbique sententia, quæ transacto appellandi tempore in rem iudicatam trāsire debebat, refricaretur quasi inualida, & nulla, ex eo, quod contra leges similes fuerit prolata: cum tamen nulla fere causa sit, quæ simili aliqua lege non iuuetur, saltem ex inductione, & prolatione partium.

36 Hæc autem † intelligimus de lege simili, vel extensibili ex paritate, vel maioritate rationis, quod quidem pendet ex varijs circumstantijs, quæ regulariter iudicis arbitrio relinquuntur: non tamen de lege comprehēsiua, hoc est, quæ comprehendit sub sua decisione casum propositum, argumento text. in l. cum lege, & quæ ibidem notantur, ff. de testamentis; nam iudex, qui contra legem cumprehensiua casus propositi iudicat, nulliter pronunciat; & locum omninò habet d. l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. Quod tamen declarandum est, quando casus propositus clarè comprehenditur sub lege prolata, iuxta regulam l. 2. C. quando prouocare, &c. & ea, quæ supra tradidimus.

37 Aduerterem † tamen, vno casu contra leges in similitudinem adductas sententiam prolatam posse esse ipso iure nullam: si videlicet quis in similitudinem causæ propositæ afferat legem, quæ aperte constituit, impuberem testari non posse, vel quid simile, & iudex pronunciet, cum impubes possit testari, male adductam talem legem ad iuuandam causam propositam, tunc erit sententia ipso iure nulla: nam in hoc casu non tam iudicat contra similitudinem, quam contra originem similitudinis, quæ est lex clara, & aperta; & ita directò contra leges in suis terminis militantes videtur pronunciare: & consequenter apparet, non iudicasse secundum illam similem legem, non

quasi

quasi putaret causam per illam non iuuari: sed potius, quia per errorem credidit adductā legem, in proprijs terminis non vigere: a contrario sentientem, quod si verum esset; quod in lege dicebatur (vt erat) secundum illam pronunciaturum.

38 Quibus præhabitus, iam † patet intellectus ad nostram l. cum prolatis, vt videlicet intelligatur duntaxat loqui de constitutionibus, quę per similitudinem a litigatoribus proferebantur ad causæ definitionem. Quod ex eo palam fit, quia absurdum videbatur dicere, illas constitutiones esse certas de intellectu (vt profectò certæ erant, & supra probauimus) & insuper emanasse in proprijs terminis, de quibus agebatur: & nihilominus iudicem ita crassum, & supinum esse, vt putaret casum emergentē non fore secundum illas decidendum. Deinde probatur, quia text. dicit, quod iudex existimauit causam illis non iuuari, quasi innuens, ad iuuandam causam duntaxat prolatas fuisse. Quod cum ita esset, optimè resoluit I. c. in nostra l. cum prolatis; non videri contra constitutionem prolatam iudicatum, quando per similitudinem, & ad iuuandam causam adducebatur; ex ijs, quæ latè prædiximus; & ita notat in terminis Bald. in d. cap. 1. n. 14. extra, de sent. & re iud. vbi plures refert; in specie Imola (qui tamen non explicat) in nostra l. cum prolatis, nu. 1. in fine. Decius, in l. vnica, n. 10. C. de errore calculi. Vnde ratio dubitandi in d. l. cum prolatis, nascebatur ex obligatione, qua iudex adstringebatur, ad iudicandum secundum leges similes.

39 Ex quibus Primo infertur, quod † licet in d. l. cum prolatis, iudex in tenore sententiæ exprimat, prædictas leges non iuuare causam propositam, non ob id sententia ipso iure nulla erit: immo dico, in d. l. cum prolatis, expressum fuisse in tenore sententiæ secundum illas non fore pronunciandum: reddita ratione, quod illis causa non iuuaretur; & moueor ex eo, quod text. meminit iudicis existimantis illis constitutionibus causam non iuuari; hoc autem cum facti sit, & ex animo iudicis pendeat, debebat constare ex tenore sententiæ; igitur, &c.

40 Infertur † Secūdò, conciliatio ad d. §. item cum contra: nam vt patet, loquitur, quando iudex pronunciat contra leges, constitutionesue, & ita de earum iure: hoc autem, iuxta supradicta, solum habet locum, quando contra leges in causa proposita specialiter loquentes iudex pronunciaret: at nostra l. cum prolatis, loquitur de legibus per similitudinem prolatis, de quorum iure nunquam iudex iudicat; cum immò agnoscat in suis terminis uerè obligare, ac militare; sed tantum iudicat de similitudine, & cum arbitraria sit, vt diximus, quāuis iniustè pronunciet, sententia valida erit ipso iure, & indigebit appellatione.

41 Sed prædictæ † interpretationi subtiliter replicabit quis ex eadem nostra l. cum prolatis, ibi: *Contra eas pronunciat*, &c. quæ verba ostendere videntur constitutiones fuisse expressas in casu proposito, & ob id cōtra eas iudicatū dici aūt quod cōtra similes leges iudicatur nō videri iudicatū contra ipsas Cōstitutiones, sed contra similitudinē. Verū respondetur, quod cū iudex teneatur ex similibus legibus iudicare, iuxta d. l. non possunt, ff. de legibus, vt prædiximus, etiam contra Constitutiones iudicatum dici potest, quod contra similes iudicatur; etenim, voluit legislator, vt secundū similitudinē obligarēt, & causæ deciderētur. Hoc tñ procedit, quando iudici visum fuerit similitudinē in causa proposita militare: vnde si iniustè, aut præposterè, siue per ignorantiam putet illis causam nec iuuandam, nec definiendā, sententia non erit quidē nulla ipso iure, sed potius iniqua, & iniusta, & propterea appellatione eget.

42 Ex quibus hucusque ab initio deductis, iam patet, quomodo † sit enuclanda Summi Pontif. decisio in cap. 1. extra, de sent. & re iudic. quæ generaliter tantum dicit, sententiam esse ipso iure nullam, quæ contra Leges, Canonesue prolata fuerit, vt videlicet intelligatur, quando directò contra leges pronunciatur, & de earum iure in proprijs terminis iudicat.

Quod autem d. cap. 1. asserit, sententiam prolatam contra Canones esse ipso iure nullam, debet intelligi in terris subiectis iurisdictioni Pontificiæ (si simus extra materiam peccati) vel in quibus statur iuri Canonico; quod similiter procedit in legibus Imperialibus Romanis.

43 Prædictorum † occasione se offert difficile Scæuolæ responsum, in l. qui testamento, 37. ff. de excusat. tut. vbi ita scribit: *Qui testamento tutor datus fuerat, adito Pratore dixit, se tres liberos habere: adiecit præterea, habenti patruum legitimum tutorem, se vitiosè tutorem datum. Prætor ita decreuit; si legitimum tutorem habenti, tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio. Quæro cum nemo patruus impuberi tutor esset, an nihilominus tutor remansit? Respondi secundum ea, quæ proponerentur, quamuis iustam causam excusationis haberet, non tamem excusatum esse, propter vitium pronunciationis;* &c.

Ex quibus verbis communiter colligitur, pronunciationem de qua hic, fuisse ipso iure inualidam. Et ratio desumitur ex communi glos. doctrina, scholio vlt. in l. si is, ad quem, ff. de acquir. hæred. vbi Ias. nu. 27. plures sectatores refert. Sequuntur etiam Innoc. &

Abb.

Abb. n. 8. & alij in cap. in præsentia; extrà, de renunciatione. Communis ex Tiraquel. tract. Cessante causa n. 20. videlicet, non valere sententiam, quando iudex vnum tantum fundamentum assumit, quod est contrarium iuris principijs; quamuis actor, vel reus niteretur altero etiam, verissimo, ac vtilissimo fundamento. Et cum in d. l. qui testamento, tutor duplex fundamentum proposuisset, vtile alterum, alterum verò inutile: & iudex proferet sententiam ex inutili, sequitur ipso iure inualidam fore. Inutile autem, seu potius repugnans iuris principij fundamentum erat, quod tutor testamento dari non possit, si legitimus superesset, cum immo certum esset, posse testamento dari, princip. Instit. de legitima agnatorum tutela. Vnde iudex contra tam apertam iuris regulam pronuncians, inutiliter omninò iudicat, iuxta l. 1. §. item cum contra, ff. quæ sent. sine appell. l. 2. C. quando prouocare.

44 Quamuis autem prædicta † communis doctrina in se vera sit: attamen inde deriuata interpretatio ad d. l. qui testamento, sustineri nequit: nam ex litera non constat, tutorem adito Prætore dixisse, se esse testamento datum; quinimmo id tacuit; & non solum tacuit, sed insimul expressit posterius fundamentum, quo manifeste ostendit, se non fuisse testamento datum (idque aut per errorem, aut per malitiam) dum subiecit, quod habenti legitimum tutorem, non deberet tutor dari. Ex quo Prætor coniectatus est, illum esse potius datiuum, quam testamentarium tutorem: cum posterius illud fundamentum dumtaxat militet in datiuo tutore; princip. Inst. de Attiliano tut. l. si sororis, C. qui tutores dare, & ideo Prætor pronunciauit, habenti legitimum, non esse alium tutorem dandum: nec consequenter necessariam esse excusationem.

Præterea, Prætor non pronunciauit, legitimum tutorem habenti, non posse testamento alium dari, sed tantum asseruit, legitimum habenti, non esse alium dandum: intelligens de datiuo, & per consequens, non esse necessariam excusationem. iuxta princip. Instit. de Attiliano tutore.

45 Item si I. c. existimaret, sententiam † de qua ibi; esse nullam, quasi contra leges latam, non diceret ibi: *Quæro cum nemo patruus impuberi tutor esset*, &c. tacitè innuens, quod si legitimus adesset, sententiam ipso iure valere, appellationeque indigere, vt rescinderetur: alioquin præposita verba omninò essent inutilia, & superfluo adiecta: cum tamen certum esset, quod si Prætor pronunciaret habenti legitimum tutorem, non posse testamentò alium dari, sententia omninò, & indistinctè esset ipso iure nulla.

Nec tandem pro prædicta interpretatione faciunt illa verba, ibi: *Propter vitium pronunciationis*, &c. quia non denotant, nullitatem ipso iure, quasi contra leges pronunciatum esset, vt inferius ostendimus.

46 Secunda interpretatio, quæ † ab aliquibus adducitur, est, sententiam, de qua ibi, fuisse validam, & tutorem obligasse. Propterea tamen non habuisse effectum excusandi, quia vt inquit glos. ibidem, verbo, pronunciationis, in vltima solut. fuit prolata sub conditione falsa: & ob id vitiosam mansisse, neque excusasse; quod autem esset sub conditione falsa, patet ibi: *Cum nemo patruus impuberi tutor esset*; &c.

Verum hæc interpretatio deterior est, & nequaquam sustinenda, nam licet fateamur, sententiam non fuisse nullam, quasi contra leges latam, absurdum tamen est dicere, quod ex tali sententia mansit obligatus tutor, cum ipsa ad obligandum tenderet, vt ibi: *Non est tibi necessaria excusatio*, & c. iuncta regula legis, legata inutiliter, ff. de adimendis legatis. Deinde, si tutor ex viribus præfatæ sententiæ obligatus maneret, indistinctè teneretur ob non administratam tutelam, quamuis per errorem se excusatum putaret, quod tamen text. negat, in vers. vlt. ibi: *Si errore potius*; &c.

47 Conuincitur tandem † dicta interpretatio, ex verbis I. c. ibi: *quamuis iustas excusationis causas haberet, non tamen excusatum esse propter vitium pronunciationis*, &c. quæ non dicunt tutorem mansisse ex sententiam obligatum, sed tantum non excusatum: quod longè diuersum est: nam si obligatus maneret, indistinctè teneretur ob non administratam tutelam; si verò excusatus non est; adhuc possumus dicere, excusandum, & deobligandum fore; & procedere potest vers. vlt. eiusdem legis.

48 Vnde pro vero † intellectu Scæuolæ, vltra supradicta aduerte, in hoc textu interrogatum tantum fuisse Scæuolam, vtrum prædicta forma pronunciationis obligaret, vel excusaret tutorem? de quo agebatur; & pro ea parte, quæ illum obligabat, faciebat forma specifica sententiæ, quæ dicebat, si legitimus impuberi tutor est, non est dato tutori necessaria excusatio, quasi ipso iure sit excusatus. Constito tamen non esse impuberi legitimum tutorem, videbatur sententia à contrario sensu obligare tutorem, qui se excusabat.

Pro parte verò excusandi, illud faciebat, quod tutor ille iusta quidem excusatione nitebatur, qualis erat numerus liberorum, princip. Institut. de excusat. quæ quidem erat

vera, ac principalis causa excusationis: vnde, licet sententia conciperetur, & niteretur fundamento falso: nihilominus videbatur excusatus: tum, quia tale fundamentum erat accessorium ad deobligandum, & consequenter nocere non debebat, quasi abundans: tum etiam, quia prætor in prædicta forma pronunciationis, adeo putauit tutorem illum esse excusatum numero liberorum, vt quasi ex abundanti diceret, non esse necessariam excusationem propter secundum fundamentum (quod tamen falsum esse comparuit) vnde ex tacita mente prætoris, si excusatio necessaria esset, concessa colligitur propter numerum liberorum.

49 His rationibus † hinc inde adductis, quæstioni de more satisfecit Scæuola, de iure tantum respondendo. Et in primis tamquam in dubitatis suppofuit, sententiam non obligasse: cum, & uerba, & mens pronunciantis ad deobligandum, & excusandum dirigantur. In eo autem, quo tutor videbatur esse excusatus, ex supra dictis, non esse excusatum respondit, quamuis iustissimas excusationis causas haberet; idque ex vitio pronunciationis, quod inferius demonstrabimus. Et ita constat tutorem illum testamentarium non mansisse excusatum: inde tamen non sequi, mansisse obligatum ex tali sententia. Iste igitur tutor testamentarius post sententiam mansit, ac si circa excusationem pronunciatum non esset.

50 Illa autem † verba ibi: *Propter vitium pronunciationis*; &c. in quibus prima interpretatio nitebatur, non significant nullitatem sententiæ, quasi contra leges latæ, sed defectum; hoc est, licet tutor propter numerum liberorum, iustam excusationis causam haberet, non tamen mansit excusatus, quia sententia vitiosa est, & deficiens in non exprimendo aliquid circa excusationem. Vnde sententia, quoad ea, quæ expressit, ipso iure valet, & effectum sortiretur, si fundamentum verum foret. Quoad ea vero quæ non expressit, nec ab expressis necessario deducuntur, nihil dispo nit: & tunc idem est dicere, propter vitium pronunciationis non manere excusatum; ac dicere, non manere excusatum, quia quoad excusationem manca, & deficiens fuit pronunciatio.

51 Cur autem † Scæuolæ nihil respondit, an tutor ille mansisset obligatus, vel non? si quærat aliquis, respondeo; quod cum posset esse vera illa causa excusationis circa numerum liberorum, & ob illam denuo se excusare, hocq; facti sit: caute de iure tantum respondit, non esse excusatum ex viribus pronunciationis. An autem maneat obligatus, id pendebit ex probatione alterius allegatæ causæ; an videlicet, habeat, vel non habeat legitimum numerum liberorum: & nisi probauerit, vel falso fuerit probata excusatio, manebit omnino obligatus, iuxta §. vlt. Inst. de excusationibus, &c.

SVMMARIVM.

Latè ventilatur ea quæstio, vtr in terminis l. Titiæ. ff. de cond. & dem. requiratur, quod Titia actualiter nubat, vt ducenta consequatur. à nu. 1. & præcipuè à nu. 4.

Quando simpliciter alicui legatur, si non nupserit, *conditio statim tollitur, nec requiritur, vt legatarius nubat. d. nu. 1.*

Explicatur l. Titio vsusfructus, 96. §. 1. ff. de cond. & dem. nu. 2. cum seq.

Quando alicui legatur, sub conditione, si Titia v. g. non nupserit; hæc conditio regulariter non tollitur. d. nu. 2.

Deportatus est incapax fideicommissi. nu. 3.

Conditio si non nupserit, *quando remittitur, non remittitur in odium scribentis, sed suggerente fauore publico. nu. 4.*

Lex, quæ fauet matrimonio, est interpretatione iuuanda. num. 5.

Intētio legis Iuliæ Miscellæ, fauentis matrimonio, est respectu sobolis tantum. nu. 7.

Aliquando testatores plus relinquunt in casum viduitatis, quam nuptiarum, non quidem in odium earum, sed ratione maioris indigentiæ mulieris. nu. 8.

Elegans differentia inter casum, quo legatur sub conditione non nubendi, quando simul aliquid legatur sub conditione nubendi: & casum, quo tantum legatur sub conditione non nubendi. numero 9.

Obiter explicatur l. Titiæ centum, ff. de cond. & demonstr. nu. 11.

Explicatur obiter l. mulieri, & Titio, ff. de cond. & dem. nu. 12.

Lex Iulia Miscella remouendo conditionem nubendi, non facit nouam dispositionem contra voluntatem defuncti, sed fingit paritum esse voluntati defuncti. num. 13.

Vtrum si legentur Titiæ centum, si non nupserit, & *ducenta*, si nupserit; *ab illis centum remoueatur conditio negatiua nubendi? a numero 14. cum seqq.*

Fauorabilius est legatario, legatariæue, quod conditio non nubendi tollatur: quam si pinguius legatum relictum fuerit sub conditione nubendi. d. numero 14. quod tamen declara, numero 19.

Etiam in remittenda dumtaxat negatiua nubendi conditione, inspicitur fauor matrimonij. numero 15. quod tamen declara, numero 20.

Vbi

Vbi lex cessat negatiuè, & contrariè, cessat quoque illius dispositio. nu. 17.

Legatum ita relictum; centum, si non nupserit, ducenta, si nupserit. do, lego; est virtualiter alternatiuum: & vnum tantum continet in effectu. nu. 21.

Quando legatur sub conditionibus contrarijs, vt competat ius transmissibile, oportet tam vnam extitisse. nu. 22. & nu. 26.

Explicatur obiter l. Iulianus verum debitorem, ff. de condict. indeb. nu. 23. cum seq.

Quando in contractu duo promittuntur, vnumquodque sub conditione contraria, si per errorem aliquod soluatur ante implementum alterutrius conditionis; solutum repeti potest. nu. 24.

Explicatur obiter l. necessariò, §. si ita res, ff. de periculo, & commod. nu. 25.

Vtrum in terminis, in quibus non remittitur conditio non nubendi, admittatur cautio ad exemplum Mutianæ? nu. 27. negatur.

Assignatur casus in quo pro conditione non nubendi, qua non remittitur; admittitur cautio Mutiana. nu. 28.

Vtrum in legato ita relicto; ducenta, si monasterium ingrediatur; & centum, si nubat, do, lego; nubens mulier ducenta consequi possit? a numero 29.

Conditio ingrediendi monasterium non remittitur. d. nu. 29. & nu. 31.

In conditione ingrediendi monasterium, duplex reperitur conditio; altera nutritina maioris boni; altera impeditina matrimonij carnalis. numero 32.

Quando mulier, cui legatum est, sub conditione ingrediendi monasterium, nubere mauult; prædicta conditio est impeditiua simpliciter matrimonij. nu. 33.

Quando conditio ingrediendi monasterium reijcitur, id non simpliciter euenit ex post facto; sed statim ab initio subiacet huic remotioni. numero 34.

Quando simpliciter legatur sub conditione ingrediendi monasterium, si mulier legataria actualiter nubat, idem legatum consequetur. numero 35. cum seq.

Elegans differentia, inter conditionem ingrediendi religionem; & conditionem non nubendi; in terminis, in quibus vtraque reijcitur à dispositione, ibidem.

An possit inuitari quis ad religionem commodo pecuniario? & quando est fauendus animus eius, qui ita inuitatus accedit ad religionem, d. numero 36.

Explicatur obiter l. Titio vsusfructus. §. 1. ff. de cond. & demonstr. a nu. 37.

Quando euentu nuptiarum mulier legataria minus consecutura est, non remittitur conditio negatiua nubendi. n. 38.

Conditiones, si monasterium ingrediatur, &, si nubat, possunt esse diuersa, & possunt esse contraria. nu. 39.

De rigore iuris potest vtraque concurrere, ibidem.

Attenta mente testatorum, quando vtraque præfata conditio apponitur, vt contraria apponitur; & ita nunquam vtraque simul adimpleta censebitur, nec consequenter vtrumque legatum competet, ibidem.

Si quis leget filiæ suæ mille, si nupserit: & centum, si monasterium ingrediatur, ingrediendo monasterium, etiam mille consequitur; quæ nubens consequeretur. n. 40.

CAPVT XX.

In terminis l. Titiæ 100 ff. de cond. & demonstr. ventilantur sequentes quæstiones. Prima. Vtrum requiratur, quod Titia nubat, vt ducenta consequatur; vel conditio negatiua simpliciter tollatur, manente Titia in libera tantum facultate nubendi? Secunda. Vtrum, si conuersis terminis d. l. Titia, legentur Titiæ centum, si non nupserit; conditio negatiua remittatur ab illis centum. Tertia, Vtrum in legato hac forma concepto: Titiæ ducenta si monasterium ingrediatur, & centum, si nupserit, do, lego: nubens ducenta consequatur? supposita ea opinione, quæ non reijcit conditionem ingrediendi religionem.



1 ET quod attinet † ad primam quæstionem: illud extra controuersiam est, quod quando simpliciter disponitur sub simplici conditione non nubendi, conditio ipso iure remittitur, & legatarius, legatariaue consequitur legatum, manens in facultate nubendi; ita probat text. in l. sed si hoc, 62. §. vltimo, l. hoc modo, 64. versiculo vltimo, l. cum tale, 72. §. Mæuiæ, ff. de condit. & demonstr. l. seruo inuito, §. primo, ad S. c. Trebellian. & ita est concors omnium sententia.

2 Nec officit † l. auia, 77. §. Titio, ff. de condit. & dem. ibi: *Titio si mulier non nupserit hæres centum dato: quam pecuniam eidem mu-*

lieri Titius restituere rogatus est: Si nupserit mulier, die legati cedente, fideicommissum petet; &c. vbi constat, conditionem adiectam in fraudem legis, siquidem mulieri iubetur restitui fideicommissum impleta conditione non nubendi; & tamen inquit text. legati Titio relicti diem cedere secutis mulieris nuptijs; ergo rescisio conditionis ex potestate legis tunc euenit, quando nuptiæ sequuntur: propter illas enim cedit legati dies in d. §. Titio.

Respondetur namq; speciali ratione in d. textu requiri nuptias mulieris, vt legati dies cederet, & consequenter fideicommissi; Etenim cum legatum relictum esset Titio sub conditione: *Si Titia non nupserit*; quæ quidem tūc regulariter non tollitur; vt etiam probat tex. in l. mulieri, & Titio, ff. de cond. & demonstr. l. 1. C. de indicta viduit. tradit vtrobiq; Bart. & Doctores, nec pro eadem Titius cauere possset, ad exemplum Mutianæ cautionis, vt subiungit I.c. in d. §. Titio, sequebatur non aliter Titio legatum deberi, quam moriente muliere, vel aliter omninò nubere impedita. Interim tamen, si mulier nubat, cum iam legatum extinguatur respectu Titij propter deficientem conditionem, & consequenter corruere debeat fideicommissum, quod dumtaxat constat fuisse in fraudem legis; propterea inductum est, vt tunc dies legati cedat Titio, ad effectum dumtaxat restituendi. Atq; ita interim dum mulier non nubit, speratur implementum ordinarium respectu Titij legatarij: muliere autem nubente, iam omninò cessat ordinarium implementum, & succedit extraordinarium, fauore mulieris, in cuius vtilitatem tantum cedit dies legati, vt videlicet restitutio fideicommissi locum habeat.

3 Si autem † quæras, cur in terminis d. §. Titio, statim non tollitur illa negatiua nubendi cōditio fauore mulieris absq; nuptijs eiusdem; sed vel operatur, ne nubere possit, vel quod effectualiter nubat? Respondetur: quia potest euenire casus, in quo legatum debeat manere apud Titium legatarium sine onere restitutionis, non nubente muliere; effinge enim mulierem fuisse deportatam, & in deportatione decessisse non nuptam: Nam in hoc casu cedit dies legati Titio, vtpotè muliere innupta decedente: nec itidem tenentur fideicommissum restituere hæredibus mulieris; quia mulieri dum vixit, nunquam competijt; incapax enim legati decessit, & quasi peregrinæ conditionis, iuxta l. 1. C. de hæred. instit. & probat text. in l. intercidit, ff. de condit. & demonstr. à contrario sensu, quando scilicet nō potest iam in ciuitatem restitutio sperari; & respectu fideicommissi probat l. eū Vlpia. 16. secundum literā Florētinam, ff. de interdictis, & relegatis. cōtra quam aliàs locutus est insignis Duaren. in l. si mihi, 12. §. regula, ff. de legatis 1.

4 Quibus † suppositis, iā succedit nostra quęstio, quando videlicet ab eodem testatore apponitur negatiua conditio nubendi sub ducentis, & affirmatiua sub centum: an à ducentis negatiua conditio tollatur, manente muliere in facultate nubendi; vel omninò requirantur nuptiæ eiusdem? In qua quæstione grandem vim ingerunt sequentia fundamenta, pro ea parte, quę requirit nuptias mulieris. In primis, quia conditio negatiua nubendi, non in odiū testatoris, quasi turpis, sed in fauorem Reipub. reijcitur, vt probat text. in l. hoc modo, vers. vlt. ff. de cond. & dem. latè Lusitanus Benedictus Ægidius, in repet. d. l. Titiæ, 1. parte, nu. 10. ff. eodem tit. At in nostra specie, quando lex à dictis ducentis negatiuam conditionem nubendi demit, vt mulier nubere, & consequi pinguius legatum possit, cum intentione legis concurrit voluntas defuncti, qui centum reliquit sub conditione nubendi: ergo in ea, quando lex demit negatiuam conditionem inducentis, non quidem purum manebit mulieri legatum cum facultate nubendi; sed conditionale, *si nupserit*; quasi in eadem ducenta voluntatem defuncti introducendo; in quo quidem legis potestas magis fauori publico, & menti defuncti conuenit.

5 Accedit, quia † lex Iulia Miscella, vtpote vtilis Reip. sobolis nimirum procreandæ causa lata, iuuanda est interpretatione, vt inquit I.c. in d. l. hoc modo, 64. vers. vlt. ff. de cond. & dem. ergo si quando nulla adest voluntas defuncti, lex in fauorem nuptiarum dempta conditione negatiua, solam concessit nubendi facultatem: si aliqualis adest voluntas, vt in præsenti adiuuanda est ex potestate legis, vt & amplius legatum mulier consequatur, & nubere teneatur.

6 Rursus idem † videtur suadere Papin. in d. l. Titiæ, ff. de condit. & dem. ibi: *Nupsit mulier, ducenta, non etiam centum residua petat*; &c. vbi in nostra specie ad petitionem ducentorū supponit nuptias Titiæ præcessisse; ergo non manet purum legatū, sed sub conditione nubēdi.

7 Tandem si † ducentorum legatum mulier consequeretur liberè non nubens, in facultate tamen nubendi manens: totum consequeretur contra voluntatem defuncti (qui aliàs centum sub conditione nubendi legauit) nec proinde tamen omnimodo impleta intentione Reip. cum lex Iulia Miscella sobolem prætendat, nō verò simplicem facultatem nubendi: vt probat d. l. hoc modo, vers. vlt. ff. de cond. & dem. ergo, vt, & legis intētioni plus indulgeatur, & minus contra voluntatem defuncti fiat, qui, vt diximus, etiam nuptijs prospexit: mulier ad con-

consequenda ducenta nubere debebit.

8 Nec replicare † quis poterit, actuales nuptias in nostras specie,non esse secundum mentem defuncti; cum amplius & pinguius legatum reliquisset sub negatiua nubendi conditione. Respondetur enim defunctum etiam in nubendi casum prouidisse, nec omninò nuptias abhorruisse: & tunc plus fauit viduitati, quando suppofuit illam extituram; inde sublata necessitate, & conditione non nubendi ex potestate legis, quidquid legataria consequitur, sub conditione nubendi consequi debet, eo maximè, quia potest euenire, vt testatur minus relinquat sub conditione, *si non nupserit*, non ob viduitatem iniungendam, sed quod forsan cogitaret, mulierem, quo casu non nuberet, plus indigere, quam nubendo, ob inertiam muliebrem, quæ sibi nequit apte prouidere.

9 Vnde † infertur, non esse eandem rationem interpretandi simplex legatum sub conditione negatiua nubendi: & hoc, de quo agimus, sub vtroque diuersimode conceptum: nam in illo, cum lex contra defuncti voluntatem simpliciter conditionem tollat (non quidem in odium testatoris, vt supra diximus, sed in fauorem publicum) noluit lex contra voluntatem defuncti etiam inducere contrariam affirmatiuam nubendj conditionem: & ita dumtaxat sustulit conditionem: *si non nupserit*, non tamen in eius locum reposuit contrariam, *si nupserit*. At in nostro casu propter sequentem voluntatem, in qua centum relinquuntur sub conditione, *si nupserit*, colligitur in altero membro, *si non nupserit*, non ita statuere defunctum, vt nunquam mulier aliquid ex eiusdem testamento consequatur nubendo. Vnde nihil mirum, quod lex in his terminis ad consequenda ducenta non solum tollat conditionem negatiuam, nubendi, sed etiã reponat affirmatiuam, vt ita altera defuncti voluntas cum altera farciatur, iuncta;simul potestate legis.

10 In contrarium † tamen, immò, quod dicta conditio negatiua in nostra specie omnino tollatur, nec in eius locum reponatur affirmatiua nubendi; sed solum maneat mulier in facultate nubendi; videtur decidere Papin. in d. l. Titiæ, ibi: *Ridiculum est enim, eandem;* &c. *vt viduam,& vt nuptam admitti*; &c. vbi innuit non posse mulierem vtrumque legatum consequi, quia absurdum videtur, ducenta consequi: quasi paruerit conditioni, *si non nupserit*, iuxta l. mulieri, & Titio, 74. ff. de cond. & demonstr. & centum, quasi non paruerit, & sub contraria voluntate: vnde à simili videtur idem inconueniens, si mulier in ducenta admittatur, tamquam nupta ex voluntate defuncti, vt vidua ex interpretatione iuris, quasi paruerit conditioni negatiuæ: sic enim lex mulierem admittit, d. l. mulieri, & Titio.

11 Verum prior † sententia mihi videtur in puncto iuris verior, vtpote conformior intentioni legis Iuliæ Marcellæ, & testatoris, vt supra euindentur ostendimus.

Nec obstat fundamentum posterioris sententiæ supra positæ: Nam absurdum, cuius meminit Papinian. in dicta lege Titiæ, solum versatur, quando agitur de consequendo vtroque legato: tunc enim apparet contradictio de qua ibi: At in nostris terminis, quando scilicet sola ducenta mulier consequitur, cessat dictum absurdum, consurgit maxima vtilitas publica, & iuris conformitas cum voluntate defuncti: nam dempta conditione non nubendi, ex potestate legis, vt ita mulier possit nubere, succedit voluntas testatoris relinquentis centum eidem mulieri sub conditione *si nupserit*, & in iuuamen publici fauoris, & quia summam horum centum ridiculum erat petere vltra ducenta, ex ratione Papiniani, eadem quodammodo petit inuolutam|, implicitam in ducentis, ad effectum vt nubere teneatur, cum in eo casu cum potestate & intentione legis concurrat voluntas defuncti; & consequenter minus obstet legis dispositio menti defuncti. Supposito autem quod in ducentis censentur inuoluta præfata centum ex voluntate defuncti, quæ talia centum non nisi sub conditione nubendi reliquit, merito in ampliorem legis fauorem introductum puto, vt ducenta non purè, & in libera facultate nubendi, sed sub conditione nubendi mulier consequatur.

Nec Papiniani repugnantia in præfatis ducentis reperitur: cum illa oriatur ex contrarietate voluntatis defuncti cum dispositione iuris: at in nostris terminis prædicta resolutio coniungit voluntatem defuncti cum dispositione iuris in dictis ducentis.

12 Nec etiam † obstat dicta lex mulieri, & Titio. ibi: *Si conditioni paruisset*; &c. vbi idem Papinian. resoluit, mulierem consequentem legatum sublata conditione non nubendi, perinde haberi iuris censura, ac si conditioni paruisset, hoc est, ac si non nupsisset; ergo in nostris terminis, quando à ducentis sub eadem conditione relictus lex conditionem remouet, perinde censeri debet mulier, ac si non nupserit, secundum voluntatem defuncti; & consequenter inconuenit, vt ex eadem voluntate nubere teneatur.

Quia respõdetur, dictam Papin. interpretationem adhibitam fuisse casui, quo simpliciter legatur mulieri, *si non nupserit*, in quo quid-

quid mulier nubere potens consequitur, omne habet contra voluntatem defuncti; vnde lex propter certam defuncti voluntatem, quam contra se habet (dum mulieri nubenti, vel nubere potenti legatum concedit) ne totum videatur facere contra voluntatem defuncti, quæ odiosa non erat, iuxta supra dicta; fingit mulierem conditioni paruisse, hoc est, non nupsisse. At in nostra specie, cum in casu nuptiarum concurrat voluntas defuncti cum intentione legis; mulier ducenta consequendo non absolutè dicetur paruisse conditioni, *si non nupserit*; sed potius paruisse conditioni, *si nupserit*, ampliato quodammodo legato ex potestate legis ob publicum fauorem; ne plus consequeretur non nubendo, quam nubendo; vnde, cum ex diuerso facto diuersa iuris dispositio oriatur, colligitur rationem Papin. in d. l. mulieri, & Titio, non posse aptari decisioni eiusdem Papin. in d. l. Titiæ, respectu alterutrius legati, sed tantum respectu vtriusque, quando videlicet mulier vtrumque petit.

13 Quod † si adhuc subtilissimè quis instet dicendo, legem Iuliam Miscellam non effecisse nouam dispositionem, vbi non erat; sed tantum, vbi erat sub conditione nubendi negatiua, talem conditionem remouisse, non quasi non scriptam in odium scribentis, sed quasi impletam secundum voluntatem defuncti, iuxta d. l. mulieri & Titio. At si in nostra, specie, in dictis ducentis consideremus voluntatem defuncti, & simul potestatem legis, sine dubio dabitur contradictio, quam considerat d. l. Titiæ, videlicet, cum partem, nubendo; partem, quasi non nubendo videatur consequi: & ita absurdum, quod considerat Papin. in d. l. Titiæ, quoad vtrumque legatum, potest etiam procedere quoad vnum, si in eo eadem conditionis ratio militet.

Cui subtilissimæ obiectioni respondetur, illa quidem ducenta, quæ dicimus mulierem consequi, ex potestate duntaxat legis deberi, quasi paritum esset conditioni negatiuæ. Quia tamen iuxta terminos nostræ quæstionis in posteriori legato centum, dabatur particularis voluntas testatoris quoad nuptias eiusdem legatariæ: inde trahimus hanc voluntatem, vt interpretatione iuuemus intentionem legis, l. hoc modo, vers. vlt. ff. de cond. & demonstr. vt ita, quoad legatum ducentorum, non maneat legataria in libera facultate, quinimmo in necessitate nubendi: sicut enim ex potestate legis, liberè nubendo, consequitur relictum sub conditione negatiua, non obstante contraria defuncti voluntate, ita si necessariò teneatur nubere, quando adest aliqualis voluntas defuncti circa nuptias, nec fit contra potestatem, nec contra intentionem legis, ac testatoris; quinimmo, & pro intentione legis, & pro voluntate defuncti fit, concurrente simul pari legis potestate.

Succedit secunda quæstio, vtrum, si conuersis terminis d. l. Titiæ, legentur Titiæ centum, si non nupserit, & ducenta, si nupserit; conditio negatiua remittatur ab illis cētū?

14 
T pro parte, quæ † asserit remittendā esse conditionem à dictis centum, facit illud: quia potest esse fauorabilius mulieri, vt potius ei remittatur conditio in cētum, quam sub conditione inuitari ad contrahendas nuptias propter pinguius ducentorum legatum: nam remissa negatiua nubendi conditione, statim admittitur ad legatum, vt supra probauimus; at vt consequatur pinguius ducentorum legatū, requiritur, quod prius nubat, quod à multis pendet, vt notant Doctores, per text. ibi, in l. hæc conditio, 10. ff. de cond. & demonstrat.

15 Deinde, quando † remitteretur conditio in centum, non solum mulieris fauor, sed etiā nuptiarum inspicitur, quas liberius mulier contrahere potest: probat text. in l. cum tale, §. si arbitratu, ff. de cond. & demonstr. vbi remissa dumtaxat negatiua nubendi conditione, dicitur adhuc fauor matrimonij versari, & tamen mulier remanet in libera facultate nubendi, ergo, &c.

16 Accedit † tandem, quia præfatum legatū est sub contrarijs conditionibus relictum, vt patet, ergo purum censeri debet, saltem quoad minorem quantitatem, quam semper certum est debitum iri, per text. in l. Iulianus verum debitorem, ff. de condict. indeb. & in l. necessariò, §. si ita res venerit, ff. de periculo, & commodo rei vend.

17 His tamen † non obstantibus, contrarium securè statuendum est, nempè, conditionem, *si non nupserit*, à minore quantitate non esse remouendam, etiamsi mulier nubere nolit, spectandumque esse tempus, quo nubere non possit, vt dictum gracilius legatum consequatur.

Quod in primis probo, deducendo rem ad absurdum: nam licet lex regulariter conditionem non nubendi auferat, in fauorem publicum sobolis procreandæ; si tamen in nostra

specie

specie remoueretur à minori legato, effectus intentioni legis contrarius quodammodo sequeretur: quippe, mulier omisso pinguiori legato, sub conditione nubendi relicto, amplexaretur quod minus est: quia illud statim consequi poterat, & ita non curaret de nuptijs secundum conditionem agniti legati: & quodammodo cessaret lex negatiuè, & contrariè.

18 Deinde, in † non remittenda conditione negatiua nubendi, magis impellitur mulier, vt nubat, & intentionem legis compleat: quia videns legatum gracilius non posse competere, nisi ea iam impedita ad nubendum, & aliquando etiam nec tunc competere, vt iam supra tetigimus, & inferius notabimus: & per contrarium videns pinguius legatum relinqui sub conditione nuptiarum, multo fortius ad eas inuitabitur, quod lex intendit.

19 Nec iam † obstabunt supradicta: nam ad primum respondetur, agnoscendo fauorabilius esse mulieri vt à legato minori negatiua conditio nubendi dematur: non proinde tamen remouendam fore, quia lex non tam mulieris priuatum fauorem, quam publicum intendit, quem quidem magis seruat non remittendo, quam remittendo dictam conditionē: quia quoad effectum contrahendi matrimonij, magis impellitur mulier inuitata sub conditione nubendi, quam relicta in facultate nubendi. Nec tunc potest considerari publica aliqua iactura in non remouenda conditione negatiua: quia satius, & amplius, ac vberius resarcitur ex secunda dispositione sub conditione nubendi: in cuius adimplemento verè inspicitur publicus fauor.

20 A secundum † etiam respondetur, fatendo quidem matrimonij fauorem versari in remittenda negatiua nubendi conditione, manente muliere in simplici libertate nubendi; sed hoc intelligendum est, quando voluntas defuncti prouidit tantum in casum uiduitatis; at si testator prouideat in casum nuptiarum, vt euenit in præsenti, tunc maior matrimonij fauor apparet in non remittenda dicta negatiua nubendi conditione, & ita in concursu debet præualere.

21 Ad vltimum † tandem respondetur, quod dispositio, de qua loquimur, non continet vnū ac simplex legatum sub contrarijs conditionibus; quinimmò duplex (alternatiuum tamē virtualiter, quo casu vnum tantum in effectu consequitur, vt probat text. in l. si quis seruū hæredis, 8. §. 1. ff. de legatis 2. iuncta eleganti explicatione glos. verbo, in alterutra, in l. si ex toto, §. vlt. ff. de legatis, 1. quam ibidem sequuntur Doctores) & ita quoad alterutrum legatum, requiritur implementum specificum,

22 Immò, etsi † in nostra specie vnicum tantum esset legatum sub contrarijs conditionibus, vnaque necessario esset extitura; adhuc tamen legatarius ius petendi alterutrum non haberet, interim dum non euenerit causa, ex qua debeatur, vt probat in simili text. elegans, in l. huiusmodi, ff. quando dies legati, vbi notant omnes.

23 Nec obstabit † d. l. Iulianus, in princip. quia vltra quam quod loquatur in contractibus, respondetur, procedere tantum quoad effectum, de quo loquitur, videlicet, ne repetitio competat: quamuis interim contractus conditionalis sit, consequenterque agi non possit: nam regula est in contractibus, quoad materiam condictionis indebiti; quod si quid certum est debitum iri, interim solutum non repetitur, l. si cum moriar, vbi notant glos. & Doctores, ff. de condict. indeb. vnde licet debitum conditionale sit, cum in contractibus transmittatur, §. ex conditionali, vbi omnes, Instit. de verb. oblig. si necessariò extiturum sit, solutum indistinctè retinetur. Quæ ratio cum cesset in vltimis elogijs, nihil mirum, quod nec etiam hunc effectum operetur legatum sub contrarijs conditionibus relictum, d. l. huiusmodi.

24 Quanto magis, quod † d. l. Iulianus, in princip. etiam respectu contractuum non procedit in duplici conuentione inita sub contrarijs conditionibus, (qualis erat dispositio, de qua in præsenti) idque à cessante ratione eiusdem text. quia respectu vnius, eiusdemque rei non est tunc certum debitum iri: vnde si quis promittat centum, *si nauis ex Asia venerit*, & ducenta, *si non venerit*; promissio conditionalis erit, & insuper interim solutum repeti potest: quia antequam certum sit nauim venire non posse, non est item certum, hanc, vel illam summam debitum iri. Nisi quis dicat, respectu minoris quantitatis, in quocunque euentu debitum iri; & ita minorem summam repeti non posse; quod subterfugium euitabitur, si exemplum proponatur in speciebus.

25 Similiter † responde ad d. l. necessariò, §. si ita res venierit: nam loquitur in contractu, & simul in vna, eademque, ac simplici conuentione sub contrarijs conditionibus, quam tex. dicit puram esse; non quidem ad effectum, vt statim agatur ad traditionem rei uenditæ, sed tantum ad effectum, ne recedatur à contractu, & omnino sit implendus, & transmittendus, vt aliqualiter notat glos. ibidem, verbo, perfectam.

26 In vltimis † verò voluntatibus, siue vnica sit dispositio, siue duplex, sub contrarijs conditionibus; semper alterutrius euentus spectatur, quia debet procedere causa, ex qua debeatur,

tur,

tur, iuxta regulam d. l. huiusmodi: & quamuis certum sit, alterutram ex dictis conditionibus extituram, non tamen certum est, legatarium eo tempore viuere, vt inquit d. l. huiusmodi, & dispositiones conditionales ex supremis iudicijs non transmittuntur, l. si post, §. sed si sub conditione, ff. quando dies legati cedit, cum vulgaribus, & in nostra specie patet: nam mulier, antequam nubat, vel non nubat (cum tamen interim nubilis ætatis esset) deportari potest, ibique decedere: & tunc, quamuis conditio suaptè natura debeat existere, eo tamen tempore existit, quo ipsi mulieri non prodest, vt probat à contrario sensu tex. in l. intercidit, ff. de cond. & demonstr. l. 1. C. de hæred. instit. vnde interim nec agere potest, nec transmittit, nisi ciuis Romana decedat, vltra quam quod dum uixit, non euenit causa, ex qua legatum deberetur, vt ponit d. l. huiusmodi.

27 Quæri tamen † oportunè potest, vtrum in terminis propositæ quæstionis, in quibus à minori legato non remittitur conditio, admitti possit cautio Mutiana? & non esse admittendam puto; quia in fraudem legis tenderet: nã si propterea non remittitur, ne nuptijs impedimentum fiat electa semel minori quantitate relicta sub negatiua nubendi conditione: á fortiori non recipietur cautio, ne propter timorem restituendæ rei eum fructibus (iuxta nota ta per text. ibi, in l. Mutianæ, ff. de condit. & dem.) mulier nuptias renuat. Et hanc resolutionem mirabiliter comprobat text. in l. Auia, 77. §. Titio, ad finem, ff. de cond. & demonstrat. vbi in terminis, in quibus conditio negatiua nubendi sustinetur, non etiam admittitur cautio exemplo Mutianæ.

Nec proinde tamen inutile manebit legatum, immò si religionem mulier profiteatur, quasi nubendi incapax, admittetur: vel si vsq; ad mortis articulum in cœlibatu perseuerauerit; transmittit legatum iam purum effectum.

28 Immò, & † ad cautionem quasi Mutianam deuenirem, si iam ad eam ætatem mulier sit prouecta, quo procreare liberos non possit: nam licet nubere adhuc valeat, non tamen erit contra intentionem legis seruare viduitatem, cum lex Iulia, Miscella, quæ conditionem remisit, id sobolis procreandæ causa fecerit, l. hoc modo, 64. vers. vlt. ff. de cond. & demonstr. iuuant notabiliter, quæ tradit Lusitanus Costa, in repet. §. si arbitratu, limitatione 1. à principio.

Succedit Tertia quæstio, vtrum in legato hac forma concepto: Titia ducenta, si monasterium ingrediatur, & centum, si nupserit, do, lego: nubens ducenta consequatur? supposita ea sententia, quæ non remouet conditionem ingrediendi monasterium.

29 
T quod † nubendo, ducenta cõsequi nequeat, faciunt sequentia. In primis, quia in l. Titiæ, ff. de cond. & dem. propterea Titia nubendo consecuta fuit ducenta, quia ex legis potestate remissa fuit conditio, *Si non nupserit*; sub qua ducenta legata erant. At in nostra specie, conditio, quæ ducenta inuoluit, vtpote maioris boni nutritiua, & impulsiua, remitti nequit, immò in suo robore perdurat, late Costa, in §. si arbitratu, ampliat. 11. ergo nubendo sola centum consequetur.

30 Deinde probatur ex † l. Titio vsusfructus, 96. §. 1. ff. de cond. & dem. vbi euentu nuptiarum minus consequitur legataria, quando cũ ea concurrit aliquid fauorabilius, vt est libertas, de qua agebatur ibi: cuius exemplo erit etiam monasterium, utpote fauorabilius nuptijs.

Et hanc sententiam vno excepto Bart. cõs. 184. Domina Minuta: tenent reliqui, quos late congerit Benedict. Aegidius Lusitanus, in repet. d. l. Titiæ, 1. parte, nu. 48.

31 Ego † Bartoli opinionem, quatenus omninò reijcit prædictam conditionem à ducentis argumento d. l. Titiæ, non auderem amplecti, propter primum fundamentum suprapositæ opinionis: non proinde tamen indistinctè tenerem Titiam nubentem sola centum consequi: immo audenter assererem, & ducenta habituram, si monasterium ingrediatur; & eadem ducenta si nubat.

32 Quod † vt suadeam, aduerto, in conditione, *Si monasterium ingrediatur*, (præsertim, quando præcedit, vel sequitur alia dispositio sub conditione nubendi) duplicem inuolui cõditionem, affirmatiuam alteram, quæ expressa est; alteram negatiuam, quæ supprimitur. Affirmatiua expressa, impulsiua est maioris boni; & quatenus talis, non solum non debet remitti,

remitti, sed maxime laudari, suppressa tamē negatiua *si non nupserit*, (quæ ex mente testantis desumitur) sine dubio impeditiua est matrimonij, vt in effectu tenent Doctores teste Ægidio, vbi supra. Costa, in d. §. si arbitratu. 3. limitat. à nu. 1.

33 Quo supposito † resoluerem Titiam ingredientem monasterium, ducenta consequi debere, propter conditionem, quæ ex dicta ratione non remittitur. Si verò nubere velit, spreta omninò monasticæ vitæ ratione; iam prædicta conditio ingrediendi monasterium, tacitè impeditiua est matrimonij (cum, ex nostra suppositione, exuerit maioris boni rationem) & per consequens remittenda est ex potestate legis, argumento d. l. Titiæ, cuius decisio, supposita voluntate Titiæ, monasterium ingredi nolentis, pro nobis maximè pugnat: quia tunc præfata conditio monasterium ingrediendi, simpliciter remanet impeditiua matrimonij carnalis: iamque in ijs terminis maius bonum non sub ratione maioris boni, sed sub ratione maioris lucri, considerari potest, constito scilicet de voluntate Titiæ religionē ingredi nolentis; & ita prædicta conditio stat indifferens, & procliuis in vtramuis partem, quamque mulier liberè elegerit, simul consequetur ducenta.

34 Et si quis † subtiliter replicet, conditionē, quæ ab initio simpliciter non fuit remissa ex potestate legis, non fore ex euentu remouendam, ergo, &c. Respondo, quod prædicta conditio in nostra specie non simpliciter remouetur ex euentu, sed ab initio hanc habet tacitam qualitatem, vt omisso principali implemento tollatur, & ita possit sequi fauor publicus nuptiarum, argumento text. elegantis, in l. Auia, 77. §. Mutiana, aliàs. §. Titio, ff. de cond. & dem. vbi conditio à principio non tollitur, sed ex euentu nuptiarum, quia videlicet tunc militat legalis fauor, qui voluntatem nuptiarum iuuat. Nec quidquam tunc oberit voluntas defuncti: iam enim prædiximus, non officere legis intentioni.

35 Quæ resolutio † suadet, vt etiamsi sola vnica dispositio adsit, quæ ducenta assignet sub conditione ingrediendi monasterium, adhuc nolente legataria monasterium ingredi, sed nubere, eadem ducenta consequatur, quidquid contradicat Costa, d. limitat. 3. num. 2. In quo tamen erit elegans differentia inter conditionem monasterium ingrediendi, de qua loquimur, & conditionem non nubendi (quamuis Bart. loco supra citato, vtramque parificet) nam hæc simpliciter remittitur, & legataria manet in libera facultate nubendi, iuxta resoluta in prima quæst. At in conditione ingrediendi monasterium, vt mulier non ingrediens eadem ducenta consequatur, requiritur omninò, vt nuptiæ prius contrahantur. Ratio est: quia hæc proxima conditio, tamquam impulsiua maioris boni, interim non remittitur; quinimmo stat, & retinetur, quousque appareat, respectu voluntatis legatariæ, esse simpliciter impeditiuam matrimonij carnalis, quod secutis nuptijs constat.

36 Nec eam † contra supra positam resolutionem obstant, quæ initio obiecimus: nam ad Primum respondetur, dictam conditionem ingrediendi monasterium, non remitti, quatenus impulsiua est ad maius bonum, sed quatenus tacitè est impeditiua matrimonij carnalis sub ratione maioris lucri, quod mulier amittit carnaliter nubendo: & quamuis tunc implicitè, etiam ac principaliter prouocetur maius bonum amplecti spe lucri (quod in iure recipitur, cap. 2. de condit. apposit. l. Titio centum, §. Titio centum, il. 2. ff. de condit. & demonstr.) hæc tamen conditio etiam respicit personam adimplentis: vnde tunc in dubio fauorabile, & laudabile est, quando animus indifferens, & indeterminatus, saltem spe lucri eligeret maius bonum; adhuc enim maioris boni ratio conseruaretur: non ita, quando de contraria voluntate constitisset, quæ quidem si ad illud maius bonum deueniret, iam non sub ratione boni maioris, sed maioris lucri coacta quodammodo accederet: quo casu cessāte vera maioris boni ratione, ex ijs quę ex Ang. refert, & sequitur Ioann. Imol. in l. quoties, §. si quæsita, nu. 38. ff. de hæred. instit. cessat itidem illius fauor. Constat igitur dictam conditionem remitti, facta suppositione, de qua supra: illa verò remissa, succedit decisio d. l. Titiæ.

37 Nec aliquid † euincit obiectio ex d. l. Titio vsusfructus, 96. §. 1. ff. de cond. & demost. loquitur enim in terminis diuersis: quæ quidem si applicaretur in sui specie, idem forsan euinceret in monasterio. v. g. si testator dicat, lego Titiæ centum, quoad vidua esset; si verò nupserit, eadem centum, lego tali monasterio: nubente Titia monasterium dicta centum consequetur, Titia omninò exclusa. Idque ex eo, quod datur secunda, ac fauorabilior dispositio, ex qua commodum monasterio resultat. Si verò vnica tantum esset dispositio, v. g. quoad vidua esset, seruo vtatur, fruatur, vel si monasterium ingrederetur, lego centum: quamuis ea matrimonium contraheret, nec seruus libertatem, nec monasterium illa centum consequeretur. Atque ita, quod attinet ad præsens institutum, nihil omnino facit text. in d. l. Titio vsusfructus, §. 1. nos enim non agimus de monasterio concurrente in legato sub contraria conditione, ex dispositione testatoris: sed

sed tantum de commodo legatariæ sub dispositione quadam virtualiter alternatiua; v. g. Titiæ, si monasterium ingrediatur ducenta lego; & si nupserit centum: quæ vnica tantum in effectu est, vt de alternatiuis tradit glos. ver bo, in alterutra, in l. si ex toto, §. vlt. ff. de legatis 1.

38 Illud † notabiliter aduerso ex d. l. Titio vsusfructus, §. 1. quod quando euentu nuptiarum minus consequeretur mulier, quam in statu viduali, vel virginitatis: tunc non remittitur conditio non nubendi: nam lex Iulia Miscella non remisit conditionem, nisi eo casu, quo mulier plus consequeretur contractis nuptijs: immo propterea remisit, vt plus consequendo nuptijs inhiaret: & hanc animaduersionem probat etiam l. vltima, ff. de statu liberis.

39 Ex hucusque † dictis infertur, præfatas conditiones, *si nupserit*, &, *si monasterium ingressa fuerit*, posse esse diuersas, & posse esse contrarias. Diuersæ sunt, si posterior sumatur, prout exprimitur, quatenus maius bonum inducit: nam tunc benè potest vtraque de rigore concurrere: potest enim quis nubere, & ante consummatum matrimonium ingredi religionem, cap. 2. cap. ex publico, de conuers. con iugat. Si vero eadem posterior conditio sumatur pro conditione, quam supprimit de non nubendo, iuxta supradicta (vt est de aperta mente testatoris, qui simul disponendo in casum nuptiarum, & in casum ingrediendi religionem; conditionem ingrediendi monasterium, sine dubio, vt contrariam nuptijs apponit) tunc manent contrariæ, & consequenter nunquam poterit vtraque adimpleri, & vtrumque legatum consequi: nam vel tunc legatum virtualiter alternatiuum est, quo casu vnum dumtaxat esse debet, vt diximus: vel duplex sub contrarijs conditionibus, secundum mentem defuncti: quæ sicut simul euenire nequeunt, ita vtrumque legatum simul deferre non possunt, sed alterutrum tantum: Quam sententiam secuti sunt ij, quos refert, & immerito damnat Bened. Ægidius Lusitanus, in Relect. d. l. Titiæ, 1. parte, a nu. 56. cum præced. cuius fundamenta attenta mente testantium stare nequeunt.

40 Infertur † etiam (quod & nostram resolutionem comprobat) veram esse sententiam Felini. in cap. in præsentia, nu. 37. de probationibus, vbi resoluit, quod, si pater filiæ mille leget, si nupserit; & centum, si monasterium ingrediatur; illa ingressa monasterium, mille consequitur, argumento d. l. Titiæ, ff. de cond. & dem. sequitur Thomas Ferrat. cautel. 11. Late Dec. conf. 674. à nu. 1. Lusitanus Costa, in d. repet. §. si arbitratu, Ampliat. 11. nu. 5. Latissimè Rolandus à Valle, consl. 35. per tot. lib. 3. & ita si nubit, mille consequitur: si monasterium ingrediatur, eadem mille, ne videlicet constito de voluntate filiæ, altera conditio alterius impeditiua sit: quod tamen notabiliter limitabis per Felin. & Costam, nuperrimè citatos; & insuper ego aduerto, non aliter non nubendo mille posse consequi, quam si monasterium ingrediatur, vt in conuersa conditione supra notauimus.

Finis Libri Primi.

SELECTARVM IVRIS INTERPRETATIONVM;
CONCILIATIONVM;
AC VARIARVM RESOLVTIONVM.
Liber Secundus.



SVMMARIVM.

Latissimè, ac nouè explicatur l. qui vas, §. ancilla, ff. de furtis, à nu. 1. per tot. & percurritur vniuersa materia partuum, fetuum, & fructuum ex rebus furtiuis perceptorum.

I. c. Scæuola putabat, partum ancillæ furtiuæ conceptum apud furem, vel eius heredem, esse vsucapibilem. nu. 2. & nu. 10.

Qui duas, pluresue opiniones refert, vltimam probare videtur. d. nu. 2.

An partus conceptus apud bonæ fidei possessorem, ex ancilla furtiua, data pro alio seruo manumittendo; vel in solutum; vel permutata; vel donata vsucapi possit? nu. 3. & omnino à num. 24. cum seqq.

Scientia ancillæ alienæ, an obsit vsucapioni partus ex ea? nu. 4. & omninò à nu. 29. cum seqq.

Referuntur Doctores, qui agunt de concordia nostri §. ancilla, cum l. si aliena, 10. §. vlt. ff. de vsucap. nu. 6.

Partus conceptus tempore, quo ancilla subripitur, omninò est inusucapibilis. d nu. 7.

Partus in vtero non est pars matris, nu. 8. & num. 35. nec possidetur antequam in lucem edatur. ibidem. d. nu. 8.

Partus in vtero, quoad contrahendum vitium, quod tunc mater contrahit, censetur iam editus. nu. 9. Reprobatur Iacob. Cuiac. qui contrarium existimabat. ibidem.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus, & editus apud furem, est inusucapibilis. nu. 10.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus, & editus apud furem, contrectatus videtur. nu. 12.

I. c. Marcellus in ea semper fuit opinione, ne partus conceptus apud furem vsucapibilis esset; ex eo, quod putaret, esse partem matris, quæ furtiua erat. nu. 13.

Ratio Marcelli damnatur à Scæuola, & Vlpiano I. I. c. c. nu. 14.

Vlpianus in l. si aliena, 10. §. vlt. ff. de vsucap. aliquid decidit; quidquid aliter opinetur Iacobus Cuiac. num. 15.

Lex non debet esse, nec præsumi otiosa. ibidem.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus apud furem, & editus apud eius heredem, est furtiuus, & inusucapibilis. nu. 16.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus, & editus apud heredem furis, censetur furtiuus, & est inusucapibilis. nu. 17.

Quædam Fulgosij interpretatio ad d. l. si aliena, §. vlt. refertur, & reprobatur. nu. 18.

Hæres, licet de facto bonam fidem habeat, si succeßit Authori vitioso, idem vitium habere creditur. ibidem.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus apud furem, vel eius heredem, & editus apud bonæ fidei possessorem, censetur furtiuus, & est inusucapibilis. num. 19. Bonæ tamen fidei possessor non tenetur tunc actione furti. nu. 20.

Explicatur d. l. si aliena, 10. §. vlt. ff. de vsucap. num. 20. & nu. 21.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus & editus apud bonæ fidei possessorem, non est furtiuus, & ita vsucapi potest. nu. 23.

Explicatur l. 4. §. de illo, ff. de vsucap. à num. 24. & omninò à nu. 29.

Possessio vitiosè per seruum adepta, indistinctè nocet domino quoad vsucapionem. nu. 24.

Si ancillam, quam seruus subreptam pro suo capite domino dedit, postea apud dominum ignorantem concipiat, & pariat, partus est inusucapibilis, num. 24.

Nouè, & eleganter explicatur l. qui ob pactionem, 9. & l.

9. & l. seruus, 10. ff. pro emptore, à nu. 25. cum seqq. & nu. 45.

Seruus, qui pro sua libertate, & capite, aliquid domino dat; videtur quodammodo cum ipso domino celebrare emptionem, & venditionem: d. num. 25.

Reprobatur quædam Accursij opinio, putantis in proximis terminis, esse dationem pro soluto, num. 26.

Possessio, quam patronus accipit à liberto, suo quondam seruo, quamuis vitiosè adepta sit, non nocet patrono ignoranti, quoad vsucapionem. nu. 28.

Seruus manumissus, etiam à se ipso diuersus homo censetur. ibidem.

Explicatur noster §. Ancilla, vers. sed si concepit. numero 31.

Latè, ac eleganter agitur de intellectu, & materia l. si ancillam, ff. pro suo. à nu. 32. cum seqq.

Differentia constituitur inter scientiam rei alienæ, & rei furtiuæ: & quomodo alterutra possit dari in eadem re furtiua. num. 33.

Mala fides de iure ciuili solum officit incboationi vsucapionis. nu. 34.

Partes in suo toto non possidentur ad effectum vt singulæ interim vsucapiantur. nu. 35.

Quomodo partus in vtero possit dici pars viscerum maternorum. ibidem.

Partus in vtero secundum veritatem pars matris non est. ibidem.

Explicatur l. si prægnas, 42. ff. de euict. & conciliatur cum l. venditor, 8. ff. eod. tit. numero 36. cum præced.

Partus ancillæ emptæ, vel quolibet alio titulo quæsitæ, non vsucapitur eo titulo, quo ancilla. latissimè, & eleganter. nu. 37. cum seqq.

Explicatur l. non quocunque 82. §. Iulianus, quid si, ff. de legatis 1. & l. si quod ex Pamphila, 73. ff. de legatis 2. nu. 38.

Latè explicatur l. si ego, 11. §. partus, vers. idem Iulianus. ff. de Publiciana; & l. non solum, 33. ff. de vsucap. à nu. 39. & nu. 41.

Titulus, pro suo, aliquando generalis est, & concurrit cum alijs titulis. ibidem.

Dictio (Ex) aliquando non denotat, causam esse proximam id, quod præcedit, sed ab eo aliquid immediatè oriri, quod causa immediata sit eius, de quo agitur. num. 40.

Refertur, & reprobatur quædam opinio veteris interpretis Petri de Bella pertica. nu. 42.

Causa, & titulus ad vsucapionem, debet esse immediatus; aliter non proficit. ibidem.

Nulla datur ordinaria vsucapio sine titulo; quidquid aliqui opinentur. nu. 43.

Triplex titulus considerari potest ad vsucapionem. ibidem.

In l. quod vulgo, ff. pro emptore, & in l. vlt. ff. pro suo, quando datur tolerabilis ignorantia, introducitur à iure quasi titulus. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam Accursij opinio in l. qui ob pactionem, ff. pro emptore. nu. 44.

Titulus pro suo, est qualitas, & species possessionis. num. 46.

Titulus pro suo, etiam datur in re propria. ibidem.

Titulus pro suo, vt pariat vsucapionem, quid requirat. nu. 47.

Titulus pro suo, habetur ab vtroquoque, non ab extrinseco. ibidem.

Explicatur Accursius, verbo, cum etiam, in l. ancillæ, C. de furtis, dum dicit, in partu concepto, & edito apud bonæ fidei possessorem, nullum titulum dari. nu. 48.

Quando scientia ancillæ alienæ superuenit ante conceptionem partus: non potest antiquus bonæ fidei possessor partum postea conceptum vsucapere. num. 49.

Scientia ancillæ alienæ obest partui concepto, nondum edito, ne vsucapiatur. nu. 50.

Notabiliter explicatur l. iusto, §. etsi possessionis, vers. veluti, ff. de vsucap. nu. 51.

Partus eius ancillæ (quam vsucapere cœpi) vsucapitur, quamuis ante editionem resciuissem ancillam esse alienam. ibidem.

Obiter explicatur l. 4. §. de illo, vers. si ante quam, ff. de vsucap. ibidem in vers. vlt.

D. §. & si possessionis, non habet locum de iure Canonico: nec apud Lusitanos. nu. 52.

Scientia furtiuitatis ante editionem partus, nocet eiusdem vsucapioni. num. 53.

Scientia ancillæ alienæ, post editionem partus, non nocet vsucapioni partus. nu. 54.

Refertur, & reprobatur quædam opinio Pauli Castrensis. num. 55.

Scientia furtiuitatis, post editum partum, inceptam eiusdem vsucapionem interrumpit. nu. 56.

Agitur de intellectu l. si ancillam, 4. ff. pro suo. ibidem cum nu. seqq.

Bonæ fidei possessor, qui sciuit rem furtiuam, dum clandestinè retinet, furari videtur. nu. 57.

Partus ancillæ furtiuæ conceptus, & editus bonæ fidei possessorem, postquam scitur vitium matris, incipit esse quasi furtiuus. nu. 58.

Assignatur remedium, quo non obsit vitium hoc furtiuitatis in casu proximo. ibidem.

Ad quid requiratur certior ratio in d. l. si ancillam. num. 59.

Ratio assignatur, ob quam titulus, pro suo, facilè destruitur. ibidem, ad finem.

Explicatur mens Accursij aliquot in locis. nu. 60.

Explicatur Fulgos. num. 6. in l. ancilla, C. de furtis. num. 61.

Explicatur l. si ego. 11. §. partus, vers. interdum, ibi: Si modo eo tempore, quo experiar; *&c. ff. de Publiciana; & reijcitur emendatio, quam Iacobo, Cuiac. eidem adhibebat. num. 62.*

D. l. si ancillam, (excepta specie, in qua erat completa

pleta vsucapio ante scientiam rei furtiuæ) non procedit attento iure Canonico, & Lusitanico. num. 63.

Partus non statim fit bonæ fidei possessoris, sicut fructus. nu. 64.

Fructus percepti, & effecti bonæ fidei possessoris, nullatenus vsucapi ab eo possunt; nu. 65. cum seqq.

Reprobatur Iacobi Cuiacij emendatio ad nostrum §. Ancilla, in vers. idem, & in pecudibus. numero 69.

Refertur quadam glossa sententia communiter recepta, circa vsucapionem admittendam in fructibus, qui sunt effecti bonæ fidei possessoris. nu. 70. & reprobatur. à nu. 71.

Non datur in iure vsucapio irreuocabilitatis dominij in fructibus. nu. 71.

Irreuocabilitas fructuum, est eorũ consumptio. ibidẽ.

Explicatur l. in bello, 12. §. si quis seruum, ff. de captiuis & post lim. reuers. nu. 72.

Intentio legis, quæ fuerit, dum voluit, vt bonæ fidei possessor fructus suos faceret: & cur meminerit consumptionis. ibidem.

Explicatur l. 3. vers. vlt. C. de his quæ vi, metusue causa fiunt. nu. 73.

Fructus per se considerati, quoad vsucapionem regulantur, sicut quælibet alia mobilia: & vsucapi possunt si requisita concurrant. nu. 74.

Eleganter explicatur l. 4. §. fructus, ff. de vsucap. num. 75. cum seqq.

Obiter explicantur d. l. 4. §. lana, & l. bonæ fidei, 48. ad finẽ, ff. de acquir. rerum. domin. nu. 77.

Fructus producti in potestate furis, vel eius hæredis, ex re furtiua, censentur furtiui, & vsucapi nequeunt. nu. 79.

Fructus pendentes idem vitium incurrunt, quod contrahit causa eo tempore, quo pendent. ibidem.

Fetus animalium sequuntur conditionem matris. ibidem.

Pulli sequuntur gallinam incubantem, & excludentẽ, tanquam matrem, quamuis oua fuerint aliena.

Explicatur l. bonæ fidei. 48. vers. & ideo, ff. de acquir. rerum domin. nu. 80. & reijcitur emendatio Iacobi Cuiacij ad eundem vers. nu. 80.

Explicatur l. 4. §. lana, vers. idem in agnis, ff. de vsucap. ibidem.

Explicatur d. l. bonæ fidei, vers. & sanè, quin lac. n. 81.

Lac, pilus, & lana, indistinctè ad bonæ fidei possessorem pertinent, quamuis inceperint in esse produci in potestate furis. ibidem.

Fructus producti, & percepti in potestate bonæ fidei possessoris, indistinctè eius fiunt, quamuis à re furtiua percipiantur. nu. 82.

Explicatur noster §. ancilla, vers. idem & in pecudibus. nu. 85.

Explicatur l. 2. vers. vlt. ff. pro suo. nu. 86.

Fructus (nisi considerentur per se tanquam qualibet mobilia) nunquam possunt vsucapi. nu. 87.

CAPVT I.

Ad Vlp. in l. qui vas, §. ancilla, ff. de furtis.

Arduam, ac salebrosam materiam aggredior de partubus, fetibus, fructibus rerum furtiuarum. In qua, tametsi Cuiacius in l. 4. §. hæres, ff. de vsucap. dicat, solos cupidos gloriæ, ac contentionis, immorari: ego contra sentio, & veritatum ciuilium indagatores in ea non modicum operæ, ac industriæ expendere debere, propter variam vtilitatem, quæ inde percipitur, vt ex dicendis apparebit.

1 
ET quia † huius materiæ clauis est text. in l. qui vas, §. ancilla, ff. de furtis, ei opus hoc inædificabimus. Scribit itaque Vlpian. *Ancilla, si subripiatur prægnans; vel apud furem concepit, partus furtiuus est; siue apud furem edatur, siue apud bonæ fidei possessorem. Sed in hoc posteriori casu furti actio cessat. Sed si concepit apud bonæ fidei possessorem, ibique pepererit, eueniet, vt partus furtiuus non sit, verum etiam vsucapi possit;* &c.

2 Vt autem materia † aperiatur, contra Vlp. videtur in primis facere idem Vlp. in l. si aliena, 10. §. vlt. ff. de vsucap. ibi: *Scæuola autem lib. 12. scripsit, se putare vsucapere posse etiam partum;* &c. Qui quidem apertè asserit, partum cõceptum apud furẽ, vel furis hæredẽ, esse vsucapibilem. Nec Scæuolam reprobat Vlp. quinimmò illum videtur probare, iuxta illud vulgare: quod qui duas, pluresue opiniones refert; vltimã in dubio probare videtur; de quo latè Ias. in §. sed istæ quidẽ, n. 55. Inst. de actionibus. Decius, in l. cũ fundus, 31. §. seruũ suũ imprudens, n. 9. ff. si cert. petat. Lusitan⁹ Gama, Decis. 306 n. 17. secũdũ quæ vulgo circũfertur inter duo pcitata iura versari inextricabilẽ antinomiã.

3 Contra secundã † verò partẽ nostri §. ancilla, dum admittit vsucapionẽ partus concepti, & editi apud bonæ fidei possessorem, licet mater furtiua sit, in quo etiam consentit Imp. Alex. in l. si matrem, C. pro emptore, obstat Primò, quia si ancilla furtiua daretur pro alio seruo manumittendo, vel permutaretur, aut in solutum daretur, vel donaretur; partus ex illa con-

S

la conceptus apud bonæ fidei possessorem vsucapi posset; quod tamen negat Paulus l. c. in l. 4. §. de illo, ff. de vsucap. & tamen hos casus coniungit cum emptione I. consultus in l. si ego 11. §. partus, ff. de Publiciana.

4 Obstat Secundo, quia si † vsucapio incipit in secunda specie; quamuis postea superueniat mala fides, & scientia possessoris vsucapientis, procedat cœpta vsucapio, §. diutina, Inst. de vsucap. cum vulgaribus, & in specie docet Paul. I. c. in d. §. de illo, vers. quod si, & Iulianus in l. non solum, 33. in fine princip. ff. de vsucap. ibi: *Si apud eum conceptus, & editus eo tempore fuerit, quo furtiuam esse matrem eius ignorabat*; Quibus verbis solum initium vsucapionis inspiciendum esse docetur; & expressit in terminis Cuiacius d. l. 4. §. hæres, ff. de vsucap. Sed data scientia partus prouenientis ab ancilla furtiua, vsucapio vsurpatur, l. 1. si ancillam, 4. ff. pro suo, ibi: *Sin verò cum scires, & posses, non feceris certiorem, contra esse*, &c. ergo, &c.

5 Obstat † tandem, quia fructus percepti à bonæ fidei possessore, statim eius fiunt, l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin. ergo idē videtur dicendum in partu ancillæ, de quo sic; & consequenter, non haberet locum vsucapio, iuxta regulam l. 4. §. lana, ff. de vsucap. cum vtrosque parificet d. §. ancilla, ibi: *Idem & in pecudibus seruandum est, & in fetu eorum, quod in partu*; &c. & l. si aliena, 11. §. vlt. ff. de vsucap.

6 Pro concilianda † prima antinomia insudant Scribentes, diuinat vbique glos. laborant etiam Maynus, lib. 2. act. cap. 3. Iacob. Cuiacius in d. l. 4. §. hæres, & in d. l. si aliena, §. vlt. ff. de vsucap. Connan. lib. 3. Comment. cap. 15. n. 3. qui ferè in diuinatiuas, vel falsas interpretationes scinduntur, vt ex inferius dicendis constabit.

7 Ego autem † pro veritate eruenda, & contrarietate sedanda, sequentes casus constituo. Primus est, quando ancilla prægnans subrepta est, partaque penes quemlibet possessorem. In hoc casu partus furtiuus est extra controuersiam; & consequenter vsucapi nequit. Vlp. in d. §. ancilla, ibi: *Si subripiatur prægnans*; &c. Cuiac. & alij, de quibus supra.

8 Ratio † est: quia licet partus non sit pars matris subreptæ, vt agnoscit Vlp. in d. l. si aliena, §. Scæuola, & inferius latius probabitur: nec etiam possideatur, antequam sit editus, vt inquit d. l. si ego, §. partus, nihilominus tamen eodem iure afficitur, quo causa ipsius, vt sentit idem §. partus, & consequenter furtiuus censetur, nec vsucapi potest, nisi postquam in veri domini potestatem transeat, & ita intelligitur l. ancillæ, 12. in princip. C. de furtis, & ibi tenet vltra alios Petrus de Bellapertica.

9 Vel etiam † vsucapi non potest, quia ille, qui in vtero est, ex iuris fictione in rerum natura esse fingitur, & consequenter contrectari creditur; vt in specie docet Iulianus, in l. penult. vers. præterea, ff. de statu hominum, vbi inquit: *Si ancilla prægnans subrepta fuerit, quamuis apud bonæ fidei emptorem pepererit, id quod natum erit, tamquam furtiuum vsu non capitur*. Quod deducit I. c. à regula quam in principio text. proposuerat, ibi: *Qui in vtero sunt, in toto pene iure intelliguntur in rerum natura esse*; &c. Contra quem textum ex Stoicorum sententia inaduertenter loquitur Iacobus Cuiacius in dicta lege quarta §. hæres, & pro hac secunda ratione facit text. in l. penultima §. non solum, versiculo si verò, ff. quæ in fraudem creditorum.

10 Secundus † casus est, quando ancilla furtiua concepit, & peperit apud furem. In quo casu securè tenet Vlpian. in nostro §. ancilla, partum furtiuum esse, nec vsucapi posse. Eiusdemque opinionis esse Marcellum in d. l. si aliena, §. Scæuola, ibi: *Quemadmodum nec ancillæ partus*; &c. vbi resoluit, quod quemadmodum iuuencus editus apud furem, & ab eodem distractus, vsucapi nequit, ita nec partus. Eiusdem sententiæ sunt Cæsares in d. l. ancillæ, 12. C. de furtis. Cuiac. vbi supra.

Ceterum Cerbidius Scæuola, vt refert Vlp. in d. l. si aliena, §. vlt. ff. de vsucap. expressè opinatur in dictis terminis partum vsucapi posse, vt patet ibi: *Scæuola autem scribit, se putare, vsucapere posse, & partum*; &c.

11 Vt autem † hæc repugnantia componatur, aduerte primò, quod Vlpian. auctor d. §. vlt. qui incipit Scæuola, eius semper fuit opinionis, vt in dictis terminis partus furtiuus esset, & vsucapio cessaret, iuxta d. §. ancilla. Vnde non est præsumendum sibi inuicem obuiasse, aut emendasse, vt perperam opinatur glos. verbo, cum etiam, in d. l. ancillæ, 12. C. de furtis, quia cum ex litera nostri §. ancilla, non constet Vlp. palinodiam cecinisse, ex eo solo, quod a compilatoribus posterius referatur sententia eiusdem Vlp. in §. ancilla, non videtur mutata, eo maximè, quia Vlpian. dum denegat vsucapionem, fortioribus nititur fundamentis, vt statim ostendemus. Cum igitur Vlpian. nec sibi repugnans, aut variasse credendus sit, ex dictis: nec item debeat manere frustratoria opinio Scæuolæ, quam vltimo loco refert, & consequenter probare videtur in d. l. si aliena, §. vltimo, vt supra probauimus, aliter interpretandus est.

12 Aduerte † Secundò, rationem ob quam fetus conceptus, & editus apud furē furtiuus est, & inusucapibilis multifariam ab eius opinionis sectatoribus adduci: nam Vlpianus eam tantū

interim

interim dum non restituit rem furto ablatam, est in actu furandi, iuxta rationem l. in furtiua, §. in fine, & l. vlt. ff. de coudict. furtiua, l. penult. ff. de vi, & vi armata, & per consequens, sicut fetus conceptus apud dominum, & postea apud furem editus, cum etiam tunc post conceptionem mater eius subtrahi videatur, ex dicta ratione furtiuus dicendus est.

13 Marcellus † autem, vt colligitur ex d. l. si aliena, §. Scæuola, eam reddebat rationem, quod videlicet, partus sit pars rei; & sicut ancilla furtiua est, ita & partus furtiuus esse debeat. Quam rationem sequebatur Petrus de Bella pertica, col. 2. i l. ancillę, 12. C. de futuris.

14 Sed hanc † rationem merito damnat I. c. Scæuola, relatus in d. §. Scæuola, & in l. partum, 26. ff. de verb. significat. & propterea resoluit in dictis terminis partum non esse furtiuum; quinimmo vsucapibilem; quia partus non est pars rei furtiuæ: etenim in esse productus diuersa res est, vt sentit Vlp. in l. sed addes, 19. §. si quis mulierem, ff. locati.

In qua opinione Scæuolę, duo continentur; Primum, partum in dictis terminis vsucapi posse; Secundum, non esse partem rei furtiuæ. Vnde, cum vltimo loco referatur ab Vlp. & consequenter censeatur approbatus, in eo recipiendus est, in quo absurdum, & inconueniens non inuoluat, videlicet, ne Vlpianus, qui eundem refert, & sequitur, sibi contradicere videatur, Hoc autem verificari potest in reprobatione rationis, quam Marcellus reddebat, quasi sentiat Vlp. quod licet partus ille furtiuus sit, iuxta suam opinionem relatam in nostro §. ancilla, non tamen hoc prouenit ex ratione Marcelli, eandem sententiam tenentis; & ob id innuit in d. §. Scæuola, rationem Marcelli merito fuisse reprobatam à Scæuola, quem in hoc ibidem sequitur, & in d. l. partum, ff. de verb. signific. eundem tamen Scæuolam non sequitur, quatenus putabat, partum illum esse vsucapibilem: quia adhuc quoad hoc, Scæuolæ obstat ratio, qua Vlpianus mouebatur ad contrariam sententiam tenendam, iuxta d. §. ancilla, vt supra corroboratum fuit; secundum quæ superstite opinione Vlpiani, de qua in d. §. ancilla. non manet otiosus d. §. Scæuola, dum in eo deciditur, & probatur, quod partus nunquam est pars rei. Quod idem Vlp. tradit, in d. l. partum. Ex quo apparet, quod Vlpian. in d. §. Scæuola, approbat opinionem Marcelli (vt apparet ex nostro §. ancilla) sed reprobat eius rationem, & approbat rationem Scæuolæ, reprobat tamen eius opinionem.

15 Vnde † venit reijciendus Iacobus Cuiac. in d. l. si aliena, §. Scæuola, dum dicit Vlpianum retulisse sententiam Scæuolæ, & Marcelli; suam tamen non protulisse: nam in primis text. iste maneret otiosus in d. §. Scæuola, quod non est dicendum, ex iis, quæ tradit Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 99. nu. 15. & præsumpt. 40. nu. 15. Deinde ex dictis constat, suam etiam opinionem protulisse, quoad rationem quæstionis propositæ, in eoque secutum fuisse Scæuolę sententiam quamuis in resolutione cōtrariume decidisset, vt apparet ex nostro §. ancilla? Quinimmò, & in alio Scęuolam approbat, vt inferius videbitur.

16 Manet † igitur vera resolutio in secundo casu, quod partus ancillæ conceptus apud furem, & apud eundem editus, furtiuus est, & & inusucapibilis, iuxta d. §. ancilla.

Ampliatur Primò, licet conceptus sit apud furem, & editus apud eius hæredem, vt probat d. §. Scæuola, & à fortiori d. §. ancilla; Ratio est: quia cum apud furem furtiuus extitisset, cum etiam post conceptionem ancilla videatur subtrahi, & ita prægnans, vt supra probauimus, nihil mirum, quod eo iure censeatur, quo erat, si apud furem nasceretur. Præcipuè, cum hæres personam furis repræsentet, & consequenter in eo prædictum vitium consideratur, vt in sequenti ampliatione.

17 Ampliatur † secundò etiamsi ancilla conceperit, & pepererit apud hæredem furis, vt exprimit Iul. Paulus, in l. 4. § hæres, ff de vsucap. Vlp. in l. si ego, §. partus, ff. de Publiciana, vbi rō redditur, videlicet, quia hęres vitiorū defuncti successor est. Facit regula l. cū hæres, ff. de diuersis, & temporal. & per cōsequēs dū hęres nō reddit ancillā, est in actu furandi, & etiā concepto semine furari censetur. Et quamuis prædicta iura non exprimant à dicto furis hærede partum distractum vsucapi non posse: id tamen probat Vlp. in d. §. Scęuola, dum sententiam non verò rationem Marcelli probat. & sentit idem Vlp. in nostro §. ancilla, vers. sed si concepit, vbi solum dicit, nō esse furtiuum partum, & inusucap. quando concipitur, & editur apud bonæ fidei possessorem. ergo si concipiatur, & edatur apud malæ fidei possess. scientē vitium ancillæ, qualis est hæres furis, ex iuris censura, iuxta d. §. partus, & d. l. cum hæres, furtiuus omnino manet, & in vsucapibilis.

18 Fulgosius † tamen in d. l. ancilla, 12. C. de furtis, ante n. 5. putat in terminis tantum nostræ ampliationis Marcellum reprobatū fuisse à Scæuola, in d. §. Scæuola, quasi Scæuola non reprobasset Marcellum, si ancilla concepisset penes furem, licet peperisset penes eius hæredem. Quinimmo addit Fulgos. ita in hoc casu non reprobari Marcellum, dummodo intelligat hæredem furis non esse bonæ fidei possessorem: alioquin falsam esse opinionem Marcelli, & cōsequēter nostra supra positā ampliationē. Ex quo sequebatur, partū uēditū ab hę-

rede furis usucapi posse à bonę fidei emptore. & Fulgos. sequitũ Castr. ibidẽ.n. ult.ad mediũ.

Sed profecto Fulgosius decipitur, & qui illum sequũtur; nã Scęuola in vtroq; casu reprobat Marcellũ: & vltra generalitatẽ verborũ, quibus vtitur, id suadet ratio, quã adducit, qđ scilicet, non sit pars rei furtiuæ; quæ ratio æquè militat in vtroq;. Deinde additamentũ Fulgosij est falsum; quia licet à parte rei in hærede furis detur ignorantia furtiuitatis; hęc tamen nõ potest appellari bona fides; cũ a iure constitutũ sit, vt hæres sit vitiorũ successor, licet ignoret, d.l. si ego, §. partus, ff. de Publiciana, l. cum hæres, ff. de diuers. & tẽp. lata Doctorũ congerie ad varia tradit insignis Couar. in relect. Regulæ. possessor malæ fidei, 2. parte. §. 9. à nu. 1.

19 Tertius casus † est, quando fetus ancillæ furtiuæ concipitur apud furem, vel eius hæredẽ; & editur apud bonæ fidei emptorẽ. In quo ẽt securè resoluit Vlp. in nostro §. ancilla, esse furtiuũ, & inusucapibilẽ, vt patet ibi: *Siue apud bonæ fidei possessorem*; &c. & ratio est; quia ancilla dũ prægnans est, contrectari creditur, ex supra dictis; & ita ẽt iã in vtero partus, efficitur quasi furtiuus, l. penult. ff. de statu homin. atque ita partus illo vitio reali affectus, dicitur furtiuus, & consequenter inusucapibilis: non tanquam pars matris furtiuæ, sed tanquã quid potẽtialiter ꝑ se existens. idẽ innuit Vlp. in d. §. Scęuola.

20 Quia tamen † partus ille verè, ac realiter nõ contrectatur à bonę fidei possessore, apud quẽ editur: nec in ecdẽ, dũ est in vtero, detur naturalis contrectatio: cessat actio furti contra bonæ fidei possessorẽ, nostro §. ancilla, licet quoad alios iuris effectus, dicendus sit furtiuus.

21 Verũ † contra suppositum tertium casum obstat maximè Scæuola, in d.l. si aliena, §. Scæuola, ff. de vsucap. dum videtur approbatus ab Vlp. ex eo, quod vltimo loco relatus nõ reprobetur, iuxta supra dicta. Verba autem Scæuolę ita se habent: *Ceterũ si esset pars, nec si apud bonæ fidei emptorem peperisset, vsucapi poterat*. Vbi volens reprobare rationem Marcelli, qui putabat propterea partum in hoc casu esse furtiuũ, quia erat pars rei furtiuæ: argumẽtatur ab absurdo, dicens; quod si partus esset rei furtiuę pars, sequeretur, non posse vsucapi, quãuis ederetur apud bonæ fidei emptorẽ: quasi pro comperto habens, quod editus apud bonę fidei emptorẽ, licet conceptus apud furem, vsucapi poterat. Quod tñ apertè inficiatur Vlp. in nostro §. ancilla. Nec deinde credibile est, Vlpianũ sibi ipsi repugnare, dum Scæuolam sibi contrarium, vltimo loco referens in d. §. Scæuola, eũdem videatur approbare, quidquid dicat glos. verbo, ignorabam, ante med. in l. si ego 11. §. partus, ff. de Publiciana. vbi putat d. §. Scæuola, vers. ceterum, corrigi per nostrũ §. ancilla.

Vnde pro solutione communiter circumfertur, quod hic tantum approbatur ratio Scæuolæ, non vero opinio, vt aliàs explicauimus in casu præcedenti. Verum hæc conciliatio quoad hunc vltimũ vers. d. §. Scæuola. est incepta: nã si Vlpianus referens Scęuolam, solam ipsius rationem probare niteretur; sufficiebat, quod in vers. præced. dixerat, partũ non esse, partẽ rei furtiuæ: cum vers. vltimus, hanc rationem amplius non confirmet, sed potius eius opinionẽ. Cũ igitur ante vers. vlt. in d. §. Scæuola, duo ponerentur, scilicet opinio, & ratio Scæuolæ (& rationẽ dumtaxat Vlp. sequatur, vt diximus) & in vers. vlt. Scæuola per deductionẽ ad absurdum, principaliter inferat ad aliã speciem (quã securè putat verã) minus principaliter cõfirmando suã rõnem, sequitur, non esse aptam prædictã concordiã. Immò, si verũ amamus, Scæuola in d. vers. vlt. iam non probat rationẽ suã contra Marcellũ; sed potius rationẽ, & fundamentũ Marcelli deducit ad absurdum in cõfirmationem suæ opinionis, quã prædixerat; & ita, licet hæc deductio ad absurdum, probet ẽt rationem Scæuolæ cõtra Marcellum, (quã dicimus Vlpianum sequi) hæc tamen probatio est à posteriori, & consecutiua opinionis Scęuolæ; Vnde, si illius dictum in hoc vers. vlt. recipitur, saltem ad confirmationẽ rationis cõtra Marcellum, necessariò, & implicitè debet admitti eius opinio, à qua argumentum ducit.

Verius igitur est, quod I.c. Scæuolæ, in d. §. Scæuola, vers. vlt. approbatur per Vlpianum, non solum quoad impugnationem rationis Marcelli, sed etiam quoad eiusdẽ Scęuolæ opinionem relatã in d. vers. vlt. quia dũ in loco postremo refertur ab Vlp. (vel à cõpilatoribus) ꝓbata debet cẽseri, iuxta supradicta, iũcta l. 2. vers. cõtrariũ aũt, C. de veteri iure enuleãdo.

22 Nec autem tunc † maneat contrarietas inter d. §. Scæuola, & d. §. ancilla, aduertendum est, mentem Scæuolæ, & robur argumenti per deductionem ad absurdum, comprehendere duos casus, scilicet istum, in quo sumus, quando ancilla concepit apud furem, & peperit apud bonæ fidei emptorem: & casum, quo cõcepit, & peperit apud bonæ fidei possessorem: nam vtrobique militat impugnatio, quam cõtra Marcellum Scæuola producebat; etenim, si vt putabat Marcellus, fetus conceptus apud furem, vel eius hęredẽ, & apud eundẽ editus, furtiuus est, & inusucapibilis, quia pars est rei furtiuæ; sequitur, quod etiam furtiuus erit, & inusucapibilis, quamuis edatur apud bonæ fidei possessorem; vel concipiatur, & edatur apud eundem, cum adhuc ancilla furtiua sit, & inusucapibilis. Cum igitur hæc argumentatio æquè comprehendat utrumque casum, & in Primo nõ possit esse uera opinio, & argu-

mentum

mentum Scæuolæ, propter nostrum §. ancillæ, cuius auctor est Vlpianus, qui Scæuolam, refert in d. §. Scæuola, & consequenter reprobare creditur. In Secundo autem casu, sit vera opinio Scæuolæ, & rectè procedat argumentatio (vt in sequenti casu ostendetur) sequitur, quod Scæuola in d. §. Scęuola, vers. vlt. refertur in ijs terminis, in quibus potest probari, tam quoad opinionem, quam quoad rationem; videlicet, quod fetus conceptus fuit, & editus apud bonę fidei possessorem, vt sentit glos. ibidem, scholio vltimo, dum refert text. in l. non solum, ff. de vsucap. qui loquitur de partu concepto, & edito apud bonę fidei emptorem. Clarius idem Accurt. verbo, cum etiam, in l. ancillæ, 13. C. de furtis, secundum quem intelligendi modum rectius, & à fortiori procedit argumentum ab absurdo, cum absurdus sit dicere, partum cōceptum, & editum apud bonæ fidei possessorem, esse furtiuum, & inusucapibilem.

23 Quartus, & vltimus † casus est, quando partus concipitur, & editur apud bonæ fidei possessorem. In quo securè resoluit Vlp. in nostro §. ancilla, non esse furtiuum, & consequenter vsucapibilem: sequitur Iauolenus in l. non solum, ff. de vsucap. Imper, in l. si matrem, C. pro emptore. Ratio est: quia cum peritus iste non sit pars rei furtiuæ, vt supra probauimus; nec item bonæ fidei possessor verè, aut censura iuris partum illum contrectare videatur; nec ab alio iuris censura contrectatum accipiat, vt supra probauimus in fure, & eius hærede, nihil mirum quod furtiuus non sit, sed tantum alienus, & vsucapibilis.

24 Huic tamen † resolutioni obstant multa, quæ supra in initio proposuimus: & in primis I.c. Paulus, in l. 4. §. de illo, ff. de vsucapione, dum ita scribit: *De illo quæritur, si seruus meus ancillam, quam subripuit, pro libertate sua, mihi dederit; an partum apud me conceptum vsucapere possim? Sabinus, & Cassius non putant: quia possessio, quam seruus vitiosè nactus sit, domino noceret; & hoc verum est. Sed etsi, vt seruum manumitterem, alius mihi furtiuam ancillam dederit, eaque apud me conceperit, & pepererit, vsu me non capturum; idemque fore, etiamsi quis eam ancillam mecum permutasset, aut in solutum dedisset; item si donasset*; &c. Hæc I.c. Paulus. Quæ è fronte obuiant Vlp. in nostro §. ancilla, quatenus in bonę fidei possessore vsucap. procedere respondet.

Et quod attinet ad primam speciem, a qua Iul. Paul. exorditur, parum dubitarē ex eo, qđ sit certissimi iuris regula, serui subtrahentis ancillam, & domino pro sua libertate dantis sciētiam præiudicare vsucapioni per dominum licet ignorantem, & bona fide possidentem inchoandæ, vt tradit Africanus, in l. cum mancipium, Si ff. de ædilit. edicto, (de qua alibi latius Deo duce) sentit text. in l. Hæres, 43. §. 1. iuncta glos. vlt. ff. de vsucap. & clarius reddit rationem, d. §. de illo, ibi: *Quia possessio, quam seruus vitiosè nactus sit, domino noceret*; &c. glossa, verbo, domino; & in fortioribus terminis text. in l. 2. §. & si quod non bona, ff. pro emptore. Imola, vltra alios, in d. §. de illo, post med. vbi scientiam serui in hac, & simili materia indistinctè domino nocere dicit.

25 Nec huic † resolutioni obstabunt text. aliàs difficiles, in l. qui ob pactionem, 9. & in l. seruus, 10. ff. pro emptore, vbi in vtraq; ita scribit idem Iulianus: *Qui ob pactionem libertatis ancillam furtiuam à seruo accepit, potest partum eius, quasi emptor vsucapere*, & in l. seruus: *Seruus domino, ancillam, quam subripuerat, pro capite suo dedit, eaq; concepit: quæsitum est, an dominus eius partum vsucapere potest? Respondi, hic dominus, quasi emptor partū vsucapere pōt; nāq; res ei abest pro hac muliere: & genere quodā venditio inter seruum, & dominū contracta est*. Quibus verbis videtur directò oppugnari d. §. de illo, in princip.

Verum omissis glossæ, & Doctorum vtrobiq; scribentium diuinatiuis conciliationibus, quæ mentem Iuliani I.c. nequaquā attingunt, aduerte Iulianum in vtroq; textu, solum intendere assignare titulum, ex quo dominus in vtraq; specie ancillam possidet, vt partum ancillæ furtiuæ penes se conceptum, & natum vsucapere possit: vt patet in d. l. qui ob pactionem, ibi: *Potest partum eius quasi emptor vsucapere*; & in d. l. seruus, ibi: *Quasi emptor, dominus vsucapere potest*; & ibi: *Et genere quodam venditio inter seruum, & dominum contracta est*. Ex quibus apparet, totum esse in ostendēdo titulum, ex quo vsucap. est partus ancillæ subreptæ, esse quodāmodo pro emptore, vt considerat Cuiac. in d. l. qui ob pactionē, & lib. 4. Obseruat. ca. 8. Quæ omnia Iul. non abs re perscrutatur; nā certū erat (vt ipse pro regula statuit, in l. nō solū, 33. ff. de vsucap. & in l. si ego, 11. §. partus, ff. de Public.) eos, qui possident ancillā furtiuā, ex ea causa, quā vsucap. sequi solet, partū ancillæ furtiuæ vsu suū facere; vt igitur in speciebus d. l. qui ob pactionem, & d. l. seruus, ostendat dari titulum habilem ad vsucap. dixit, conuentiones super serua furtiua (de quibus ibi agebatur) accedere venditioni, & emptioni.

26 Ex quibus Primo † colligitur, decipi glos. quā sequitur Imola, & alij, in d. l. qui ob pactionem, dū inquit, titulū de quo ibi, potius pro soluto esse, quā pro empore: contra id, quod principaliter intēdit I.c. nā licet Iul. apertè innuat, nō dari ibi verā venditionē (vt tantū euincunt fundamēta glos. Imolę, & reliquorū) venditionē tñ quodāmodo esse: atq; manifestè I.c. ostēdit, actum hunc inter seruum, & dominū, proximū potius esse venditioni, quā alij cōtrahui.

27 Colliges deinde, quod † Iulianus in vtroq; textu nihil circa effectualem vsucapionem decidit, sed vsucapiendi dumtaxat potentiam ostendit. Cum igitur quoad ea, quae minus principaliter dicuntur, debeant supponi termini habiles, vt notăt Doctores, per text. in l. qui testamento, in princip. ff. de testam. dicendŭ est, quod in d. l. qui ob pactionem, ancilla furtiua, quam seruus pro suo capite dedit, non esset ab eodem seruo subrepta, nec sciret esse furtiuam: nam aliàs prima causa infectae, & vitiosae possessionis domino noceret; & ita lex ista diuersum decidet à lege sequenti. Quam suppositionem comprobat glos. verbo, vsucapere, in d. l. seruus. ff. pro emptore. Bart. Imola, & alij, in d. l. qui ob pactionem, licet mentem principalem I. consulti non fuerint assecuti.

28 Quoad † text. verò in d. l. seruus, supponendum est cum Ioanne veteri glossatore, quem ibidem refert, & sequitur Accurt. d. verb. vsucapere. Bart. Imol. & ceteris ordinarijs; quod seruus, tempore, quo ancillam à se subreptam tradit, esse iam liberum: quo casu vitiosa antiqui serui possessio nouo patrono non nocet; quia dominus iam succedit tanquam diuersus, & particularis successor, cui vitium autoris nŏ nocet, vt in terminis eleganter considerat Imola vbi proximè, quem iuuat Rubr. C. ne seruus pro suo facto, vbi seruus manumissus, etiam quoad se, diuersus homo est, cum per manumissionem nouus homo fiat, l. seruus legatus, 27. §. 1. in fine, ff. de adimend. legat. cum similibus.

Nec huic suppositioni obstabunt ea verba, ibi: *Et genere quodam venditio inter seruum, & dominum contracta est*; Quia tantum ostendunt qualitatem conuentionis initae inter seruum, & dominum, ad effectum, de quo supra: non verò euincunt cosummationem conuentionis, quae traditione rei fit, celebratam, fuisse ab eodem seruo adhuc in seruitute constituto.

29 Haec quoad † primam speciem, de qua Iul. Paul. in d. l. 4. §. de illo, quoad reliquas verò, dum dicit semper, & indistinctè partum esse furtiuum, & consequenter inusucapibilem, miram continet antynomiam cum nostro §. ancilla, & cum regula Iuliani, in d. l. non solum, 33. ff. de vsucapionibus.

Vt autem discordia ista sedetur, necessariò dicendum est, I.c. Paul. in d. §. de illo, loqui, quando bonae fidei possessor ancillae furtiuae, quae penes eum postea concepit, antequam pareret, resciuit esse alienam, ac per consequĕs, postquam orta erat mala fides, quae incipiendae vsucapioni partus obest, iuxta vulgaria iuris principia, quae dictant malam fidem superuenientem ceptae dumtaxat vsucapioni non obesse, l. 1. C. de vsucap. transform. §. diutina, Inst. de vsucap. Quam interpretationem colliges ex eodem §. de illo, ibi: *Si antequam pariat, alienam esse resciuerit emptor, diximus non posse eum vsucapere*; &c. quasi dicat I.c. quando diximus, non posse partum vsucapi, intelleximus eo casu, quo mala fides oritur in possessore antequam partus edatur, vt ita vsucapioni inchoandae praeiudicet: alioquin ineptè subiungeret I.c. se dixisse possessorem bonae fidei non posse vsucapere partum, quando ante eius editionem sciuit ancillam alienam esse; nisi intelligeret in praecedentibus speciebus dari malam fidem de nouo ortam ante partum ancillae editum: nam integer ille vers. si antequam, est solum declaratiuus praecedentium, vt patet; & ita intelligit glossa ibidem, verbo, conceperit, & in l. qui ob pactionem, ff. pro emptore, & verbo, vsucapere, in l. seruus, 10. ff. eodem tit. sequitur Cuiac. in d. l. 4. §. haeres, ff. de vsucap. Imola, in d. §. de illo.

30 Nec † obstat, quod I.c. in d. § de illo, circa primam speciem, non ad superuenientem malam fidem domini possessoris, sed ad qualitatem possessionis per seruum vitiosè quaesitae, & domino traditae, recurrit; quasi idem videretur dicendum in reliquis, vt non ad superuenientem malam fidem, ante editionem partus, sed ad qualitatem possessionis, & rei furto ablatę respectus habeatur. Respondetur enim, quod cum in eodem textu constet I.c. loqui in praecedentibus speciebus, de superueniente mala fide ante editionem partus, vt patet ex vers. si antequam, vt supra explicauimus: non est dubitandum, quin praedicta interpretatio sit vera. Id autem, quod considerauimus, solŭ euincit, quod in prima specie, quae agit de vitiosa serui possessione, datur peculiaris ratio (vt superius exposuimus, & notat Imola ibidem. post med.) ob quam citra malam fidem domini partus manet inusucapibilis: quae peculiaris ratio si non daretur, adhuc declaratio I. c. in d. vers. si antequam, vtpote generalis, ad primam quoque speciem porrigeretur.

31 Ex dictis † igitur colligitur notabilis declaratio ad nostrum §. ancilla, vers. sed si conceperit, vt scilicet partus conceptus, & editus apud bonę fidei possessorĕ, vsucapi possit, nisi superueniat scientia rei alienae, & ita mala fides, antequam idem partus edatur, iuxta d. §. de illo, vt supra enucleauimus, & latius infra ostendemus.

32 In suprapositio † quarto casu occurrit adhuc illa difficultas, quae oritur ex l. si ancilla, ff. pro suo, vbi loquens I c. de partu concepto, & edito apud bonae fidei possessorem, inquit, superueniente scientia furtiuitatis, interrumpi vsuca-

vsucapionem, cum aliàs attento eodem iure ciuili, superueniens mala fides cœptæ vsucapioni non obsit; & vltra vulgaria principia, in terminis probat text. in l. 4. §. de illo, in fine, ff. de vsucapionibus.

33 Pro qua † difficultate tollenda præsciẽdum est Primo, in hac materia aliud esse scientiam rei alienæ, prout cõstituit malam fidem; aliud, scientiam rei furtiuæ, vt sentit text. in d. l. 4. §. de illo, ff. de vsucap. & d. l. si ancilla, notat glos. magistra, verbo, ignorabam, in l. si ego, §. partus, ff. de Publiciana. glos. etiam magistra, verbo, cum etiam, in l. ancillæ, 12. C. de furtis. vbi Petrus de Bellapertica, col. penult. Fulgos. nu. 4. post med. Paulus Castr. num. vlt. multo post med. & reliqui ibidem: nam scientia rei alienæ, non imponit vitium reale, sed tantum inducere potest malam fidem: at scientia rei furtiuæ, inurit, seu potius declarat vitium reale: furtum enim generat in re furtiua vitium cohærens, vt probant Impp. in l. si abducta, 10. C. de furtis. ibi: *Propter cohærens vitium*; &c. Fulgos. in d. l. ancillæ, nu. 2. Quomodo autem possit dari scientia rei alienæ, quin detur rei furtiuæ in re mobili, vel se mouente, facile est excogitatu, v. g. quia cum possit aliquando res aliena titulo commodati, depositi, vel simili, esse penes defunctum, & hæres putans propriam, venderet, sequitur in ea furtũ non committi absque affectu furandi, vt constituit Imp. in §. sed tamen, Inst. de vsucap. Si igitur, quis tertius possessor sciat rem illam esse alienam, non ob id sequitur, esse furtiuam. Vnde, licet in nostra specie furtiua sit, cum dabilis sit casus, in quo furti vitio careat, vt proximè notauimus, benè potest ab vno, & codẽ existimari aliena, quin furtiua. ergo in hac materia, conscientia rei alienæ, & rei furtiuæ, separabilis est, ita, vt eadem res in se furtiua, possit existimari vt aliena, non tamen vt furtiua.

34 Secundò † præsciendum est, malam fidem ortam ex conscientia rei alienę, attento iure ciuili solum officere exordio vsucapionis, & nõ progressui, vt probat d. l. 1. C. de vsucapione trãsfor. §. diutina. Inst. de vsucap. & est constans iuris veritas.

35 Tertiò † præsciendum est, res quæ sunt in suo toto, tanquam partes non incipere possideri, ad effectum vt singulæ vsucapiãtur; (quia quid per se existens tunc considerari nequit) nisi postquam separantur, vt probat Iauol. in l. eum qui, ff. de vsucap. & ita partus, dum in vtero est, pars est quodammodo viscerum matris, l. 1. §. ex hoc rescripto, ff. de ventre inspiciendo: nec pro iam nato perid temporis habetur, quoad effectus facti, nisi postquam nascitur, l. 3. ff. si pars hæreditatis petatur, l. in lege Falcidia, 9. ff. ad leg. Falcid. & consequenter, non incipit possideri, nisi post quam editus est, vt expressit Vlp. in l. si ego 11. §. partus, ff. de Publiciana, ibi: *Etiamsi ab eo, qui emit possessus non est*; &c. vbi loquens de partu concepto apud bonæ fidei possessorem, inquit, ab eodem non esse possessum, & nihilominus ex æquitate competere Publicianam. Nec ferendus est Accurt. ibidem, verbo, possessus, in fine, dum inquit, partum tanquam viscerum maternorum partẽ esse possessum, cum mater possessa fuerit: nam vltra quam quod loquatur contra d. §. partus, in relatis verbis: loquitur etiam contra text. in d. l. eum, qui, ff. de vsucap. vbi I. c. in toto denegat possessionem partis, vt partis, eo maximè, quia si veritatem ciuilem, & naturalem attendamus, fetus in vtero nec est pars, nec dici potest respectu matris: quia potest abesse, & adesse sine vlla mutatione subiecti; pars autem ita se habet ad totum, vt sine illa mutetur, vel corrumpatur, vel saltem imperfectior reddatur; quod non ita euenit in partu in vtero existente; nisi abusiuè partem dicamus, quatenus inter partes matris internas versatur, & eadem alimonia nutritur, qua & ipsa.

36 Vnde intelliges † Iul. Paul. in l. si prægnans, 42. ff. de euict. vbi inquit, euicto partu ancillæ venditæ prægnantis, non competere pro euictione partus actionem ex empto: nam id intelligitur de partu, quasi parte, quæ quidem non est, iuxta supradicta: & satis innuit ibi: *Quia partus venditus non est*: ac si diceret, propterea non datur actio ex empto, de euictione partus, vt partis matris venditæ, quia pars non est, & ob id venditus non dicitur: alioquin ratio non congrueret. Et ita conciliatur cum Iuliano in l. venditor, 8. ff. eodem tit. vbi inquit, pro partu ancillæ prægnantis venditæ euicto competere actionem ex empto, vt videlicet actio ex eo competat, quod venditor tenetur præstare emptori, quanti eius interest ancillam factam fuisse ipsius in quo ratio partus veniebat; vt ibidem docet Iulianus, statim in principio: non verò ex eo, quod partus in vtero venditus sit tãquam pars matris.

37 Quarto † præsciendum est, partum ancillæ emptæ, siue quocunque alio iusto titulo quæsitæ, conceptum, & editum apud bonæ fidei possessorem, eodem titulo, quo mater, non vsucapi, sed tantum titulo pro suo, vt exprimit I. c. in l. si ancilla, ff. de vsucap. ibi: *Neque idem, & pro suo*; &c. expressit etiam glos. verbo, ancillæ, in l. non solum, ff. de vsucap. & verbo, partum, in l. si ego, §. partus, ff. de Publiciana.

38 Nec obstat † Primo text. in l. non quocunque,

que, 82. §. Iulianus, quod si, ff. de legatis 1. vbi deciditur, quod partus ancillæ emptæ, non videtur habitus ex causa lucratiua. Idem docet text. in l. si quod ex Pamphila, 73. ff. de legatis 2. quasi titulus matris porrigatur ad partum. Etenim respondetur, vtrumque text. loqui in partu ancillæ prægnantis venditæ, vt patet in d. §. Iulianus, ibi: *Et ea apud me peperit*; &c. non verò dicit, *Concepit.* patetq; etiā ibi: *Quod euicto eo, actio ex empto competit*; iunctis supra proximè dictis. Et ibidem notat glossa, verbo, mercatus. Patet etiam ex d. l. si quod ex Pamphila, ibi: *Eaque apud me sit enixa*; &c. & ibi: *Tanquam istum emissem*; &c. & ibidem notat glos. verbo, grauidam, & verbo, lucratiua. Imola, in l. qui ob pactionem, ad finem, ff. pro emptore. Insuper præcitata iura non dicunt, partum eodem titulo oneroso matris acquisitum censeri, sed potius dicunt, non videri habitum ex causa lucratiua, ad effectum petendæ æstimationis, si partus eiusdem ancillæ legatus est, iuxta regulam Imp. in §. si res aliena, Inst. de legatis. Vnde manifestè sentiunt, titulum matris non extendi ad partum.

Nec † obstat secundò text. in l. si ego, 11. §.
39 partus, ff. de Publiciana ibi: *Idem Iulianus generaliter dicit, ex qua causa matrem vsucapere possem, si furtiua non esset, ex ea causa partum, me vsucapere, si furtiuam esse matrem ignorabam*; &c. Respondetur enim, ex alijs clarioribus verbis eiusdem I. c. Iuliani, qui eandem doctrinam proponens ita inquit, in l. non solù, 33. ff. de vsucap. ibi: *Omnes, qui possident ex ea causa, quam vsucapio sequi solet, partum ancillæ furtiuæ vsu suum faciunt*; &c. vbi ostenditur, Iulianum non dicere, ex eadem causa, ex qua habemus ancillam (quam propter cohærens furti vitium vsucapere non possumus) partum eius vsucapere nos posse: sed illud tantum asserere, quod si quis possideat ancillam furtiuam, ex ea causa, ex qua aliàs producitur vsucapio, nisi impediret vitium cohærens; in partu quoque apud eundem concepto, & edito procedat vsucapio, eo videlicet titulo interueniente, qui dari potest, iuxta iuris principia, qualis est titulus pro suo: quem tamen non expressit Iulianus ibidem: nam si eodem titulo partus vsucaperetur, sequeretur absurdum, nempè, quod procederet vsucapio in re ex titulo, qui circa illam omninò non interuenit; vtpote quia ille partus post titulum emptionis, donationis, vel similis, fuit conceptus, & editus, & iam ad antiquum titulum solus occasionis respectus haberi potest, vt inquit glos. verbo, partum, in d. §. partus, & glos. verbo, capietur, in l. iusto, §. & possessionis, ff. de vsucap. sequitur Bald. in l. ancillæ, 12. C. de furtis, quem ibidem sequitur, & laudat Castrensis, nu. vlt. Et hanc doctrinam confirmat Ius. Paul. in l. 2. vers. item quæ, ff. pro suo. vbi circa partem, vel fructus rei emptæ, vel donatæ, inquit dari dumtaxat titulum pro suo: quia cum has res non possideat quis ex titulo antiquo suæ causæ, cum ab illa diuersæ sint, sed potius pro suo, quia putat ex suo proficisci, manifestè ostenditur, titulum, quo vsucapi possunt, esse pro suo tantum. Nec aliud suadet Vlp. in l. 1. ff. pro suo, ibi: *& pro emptore, & pro suo possideo*; &c. & ibi: *Vel pro donato, vel pro legato, etiam pro suo possideo*; &c. Quia respondetur, loqui in terminis, in quibus in eadem re versatur titulus alius, scilicet emptionis, donationis, legati, vel similis; quia vel res empta, vel donata, vel legata, aut similiter quæsita fuit; nam tūc etiam concurrit titulus pro suo, qui est generalis, & competit quoties dominium alicuius rei ad nos pertinere putamus, iuxta d. l. 1. in princip. ibi: *Pro suo possessio talis est, cum dominium nobis acquiri putamus*; &c. At in nostra specie, circa partum nullus titulus versatur, sed tantum incipit possessio pro suo, quæ licet aliàs generalis sit, vt diximus, hic specialis dumtaxat est: etenim partum ex ea tantum causa possidemus, qua nostrum esse putamus, scilicet occasione rei, cuius dominium nobis acquiri opinamur. Cum igitur hæc vera sint, manifestè colligitur, quod Iulianus relatus ab Vlp. in d. §. partus, eundem sensum habere debet, quem habet ipsemet Iulianus apud se, in d. l. non solum, ne alias resultet infesdabilis antinomia, & sensus absurdus. Atque ita, cum mens Iuliani in d. l. non solù, sit, vt iusta causa, vel titulus, qui vsucapionem induceret in ancilla, nisi furtiua esset, præstet etiam vsucapiendi occasionem in partu eiusdem ancillæ, creditur Vlpianus eundem Iulianum referens in d. §. partus, vers. idem Iulianus, eandem mentem tenere, vt scilicet velit, quod ex qua causa matrem vsucapere possem, nisi furtiua esset, ex ea causa partum me vsucapere, non quidem in vim tituli, sed in vim occasionis, vt ibidem sentit glos. in vltima solut. cum qua videtur residere in d. verbo, partum, in fine. Et merito glos. ita securè resoluit, vtpote gnara, titulum non nisi immediatū posse vsucapioni proficere: at ille titulus, quo mater quæsita fuit, non est immediatus vsucapioni partus postea concepti: immò, nec mediatus, quia nemo vel mediocriter eruditus, potest asserere, quod partus conceptus, & editus apud bonæ fidei possessorem, post titulum, quo mater eius fuit acquisita, aliqualiter possidetur eo titulo, qui interuenit in acquisitione matris. Solum ergo possumus dicere, prędictum matris titulum occasionē præstitisse.

Nec

40 Nec † contrarium innuit Iulianus & Vlp. in d.§. partus,& in d.l. non solum, dum vtitur particula (*ex*), quæ denotat causam immediatam, vt notat Bart. per text. ibi, in l.eo tempore, §. vlt. ff. de peculio, ex pluribus tradit Dec.in cap. 1.in princip.extra,de iudicijs: nã vtrobique Iulianus vult, quod ex ea causa, ex qua ancilla vsucaperetur, nisi furtiua foret, oritur immediatè,& necessariò causa, ob quã partus vsucapitur: nimirum,quia vbi primum ancillam furtiuam bona fide emimus, statim illã pro nostro possidemus, quasi per emptionem dominium nobis acquisitum esse putemus, iuxta l. 1. ff. pro suo, & postea conceptum, & editum partum possidemus, vt ex re nostra, mediante præfato emptionis titulo, ergo ex illomet titulo, quo mater vsucaperetur, (nisi furtiua foret) tanquam à causa immediata oritur titulus,quo partus vsucapitur, videlicet,pro suo.

41 Vel † tandem nec ineleganter potest intelligi Iulianus relatus in d.§. partus, vers. idem Iulianus, & in d.l. non solum, vt velit ex vna, eademque causa, & titulo, quo mater vsucaperetur, nisi furtiua esset, partum quoque vsucapi: nam supra diximus, titulum pro suo esse generalem ad vsucapionem, etsi concurrat alius,vt exprimitur in d.l.1.ff.pro suo. Cum igitur vltra titulum, quo mater tradita fuit, v.g. emptionis,donationis,legati,vel similis,detur etiam titulus pro suo, quo itidem possit mater vsucapi (nisi furtiua esset) d.l. 1. & nos dicamus,partum eiusdem ancillæ titulo pro suo vsucapi: merito asseuerare possumus, ex qua causa matrem vsucaperemus, nisi furtiua foret, ex ea partum vsucapere nos posse: quasi tam matrem, quam partum æque respiciat titulus pro suo. Ea tamen adhibita declaratione, vt titulus pro suo, qui tunc consideratur respectu partus, non sit illemet, qui prò matre datur; sed nouus, & de nouo habitus pro vsucapione partus.

42 Ex † quibus primò infertur, deceptum fuisse Petrum de Bella pertica,in d.l. ancillæ, 12. C. de furtis,col. vlt. dum inquit, partum conceptum & editum apud bonæ fidei possessorẽ, posse vsucapi ex duplici causa,altera remota, altera verò proxima,scilicet ex causa, qua mater eius vsucapi posset, nisi furtiua esset,& ex causa siue titulo pro suo,qui proximus est; Petrum sequitur Fulgos. ibidem,num.4. nam ex supradictis confunditur: tum, quia illa causa remota, siue mediata considerari nequit cum effectu: tum etiam, quia causa, quæ præstat ansam vsucapioni non nisi proxima esse potest. & merito Petrum tacitè damnat Castrensis, ibidem, nu. vlt.

43 Infertur † deinde, deterius hallucinatos fuisse eos, quos refert Petrus vbi supra, qui putarunt, partum ancillæ furtiuæ,conceptum,& editum apud bonæ fidei possessorem, vsucapi sine titulo, ita inducendo l.quod vulgo,ff.pro emptore. Sed merito eosdem damnat Petrus, ibidem,& certè loquuntur contra text in l.2. vers. item quæ, & in l. si ancillam,ff. pro suo, & contra eorum sententiam, quos supra retulimus: nec recurrendum est ad regulam d. l. quod vulgo, cum similibus, nisi iusta causa in teruueniente, quæ extrinsecus adueniat, iuxta terminos text. in l. vlt. in fine,ff. pro suo. At in nostris terminis, eo ipso,quod mater penes me est ex iusto titulo, statim succedit specialis titulus pro suo, iuxta d. l. 2. vers. item quæ, licet aliàs sit generalis, & concurrere possit cum alijs. Quinimmo d. l. quod vulgo, & d. l. vlt. quando dicunt sine vero titulo aliquando vsucapi posse, non intelligunt procedere tunc vsucapionem sine titulo, sed id sentiunt sine titulo realiter existenti, dummodo tamen ex tolerabili facti ignorantia extitisse putetur, & ob id,in d. l. quod vulgo,vsucapio procedit ex titulo putatiuo pro emptore, & in d. l. vlt. procedit ex titulo putatiuo pro suo, tradit eleganter glossa,in d.l. quod vulgo;ex quibus apparet, vsucapionem aliquando procedere titulo vero,& valido, vt generaliter requiritur in l. Celsus, ff. de vsucap. aliquando titulo vero, sed inualido, qui vtilis existimabatur, l.2. §. si à pupillo, ff. pro emptore; aliquando tandem sine titulo vero, valido, vel inualido, qui tamen per tolerabilem ignorantiam validus, & verus intercedere existimatur, d. l. quod vulgo, d. l. vlt. quæ iusta opinatio nomen tituli assignabit, iuxta supradicta.

44 Infertur † Tertiò deceptum fuisse Accurt. in l. qui ob pactionem, ff. pro emptore, vbi quærens, quo titulo dominus bonæ fidei possessor vsucapit partum ancillæ furtiuæ, quam seruus pro sua libertate dedit, resoluit vsucapionem procedere titulo pro soluto:nam partus,de quo ibi,non pro soluto, sed pro suo tantum vsucapitur (datis terminis habilibus iuxta supradicta). Ratio est: quia titulus, quo mater acquiritur, solum causa est,siue occasio tituli, quo partus vsucapitur, iuxta supradicta.

45 Ne contrarium † innuit text.in d.l.qui ob pactionem, quia dum meminit tituli quasi pro emptore, non est ad effectum, vt partus censeretur vsucapi pro emptore, id enim falsum esset ex dictis; sed tantum probat, quod propterea partus vsucapitur à domino, cui seruus ancillam furtiuam pro sua libertate tradidit: quia tunc dominus habet titulum quasi pro emptore, respectu dictæ ancillæ, ex qua partus editur; & ita succedit regula eiusdem Iuliani,in l. non solum,33.ff.de vsucap. quam supra

supra latè enucleauimus. Ratio autem dubitandi erat ad l. qui pactionem, cum l. sequenti, quod non videretur iusto titulo habita dicta ancilla; & consequenter non posse iuste produci titulum ad partum postea concipiendum, & propterea resoluit I. c. ibi dari quasi emptionem (ut supra latè explicauimus) ad effectum, ut mater furtiua pro emptore possessa videretur, ut ita succederet d. regula, l. non solum, ff. de usucap. quod uidelicet omnes, qui ex ea causa ancillam furtiuam possident, ex qua usucapio sequi solet, partum eiusdem ancillæ furtiuæ suum faciunt, uidelicet titulo pro suo.

46 Quintò, & † vltimò principaliter præsciendum est, titulum pro suo, non esse quid extrinsecus adueniens, sed qualitatem quandam possessionis, quam si præcedat iusta aliqua causa, reducitur ad legitimum titulum, & usucapioni ansam præstat: & propterea inquit Iul. Paul. in l. 2. ff. pro suo, titulum, quem dicimus pro suo, esse speciem possessionis, ut patet ibi: *Est species possessionis, quæ vocatur pro suo*; &c. & hinc est, quod licet reliqui tituli completa usucapione finiantur: non enim tunc quis pro soluto, pro emptore, pro donato, uel simili possidet, quia iam euanuere, cum in re tantum aliena consistant, & ad effectum adijciendi dominium: titulus tamen pro suo, etiam post usucapionem durat, ut ex sententia Marciani docet Vlp. in l. 1. in ultimis uerbis, ff. pro suo, qui scilicet, est qualitas possessionis, quæ tametsi in rebus alienis, quatenus nostras putamus, insit, ut traditur in d. l. 1. nihil tamen impedit, quo minus etiam in proprijs consistat, quia cum nostræ sint, pro nostris possideri possunt; sicut etiam fructus, quos bonæ fidei possessor suos facit, iuxta l. bonæ fidei, ff. de aquir. rerum domin. pro suo possidentur, vt inquit I.c. in d. l. 2. in fine, ff. pro suo.

47 Hic autem † titulus pro suo, si non præcedit aliqua iusta causa, vel tolerabilis ignorantia, non parat vsucapionem, iuxta l. vlt. ff. pro suo, præcedente tamen iusta causa, vel tolerabili errore (à quo iste titulus enascatur) vsucapio progreditur, d. l. vlt. exempla iustæ causæ, vide in l. 2. exempla vero iusti erroris, in l. 3. in l. 4. §. vlt. in fine, & in l. vlt. ff. pro suo. Ex quibus colliges quanto iudicio Paulus Castrensis in d. l. ancillæ, C. de furtis, nu. vlt. in vltimis verbis. inquit, titulum pro suo, non haberi ab alio, sed à se ipso; & ideo esse debiliorem; in quo manifeste sentit, non esse quid extrinsecū, sed potius qualitatem possidendi à nobis ortā.

48 Colliges † etiam, quo sensu debeat accipi, glos. verbo, cum etiam, in vltimis verbis, in d. l. ancillæ, vbi inquit, in partu ancillæ furtiuæ concepto, & edito apud bonæ fidei possessorem, nullum titulum dari: cum constet ex supradictis dari titulum pro suo; quasi sentiat, titulum pro suo, non haberi pro titulo extrinsecus adueniente, cum ab vnoquoque possessore causetur, vt probauimus; quod glossæ dictum sic indiscretè acceptum, forsan decepit præcitatos Doctores, qui putarunt, partum ancillæ furtiuæ vsucapi sine titulo, quod tamen supra expugnauimus.

49 Quibus † sic præcognitis, circa vsucapionē partus ex ancilla furtiua concepti, & editi apud bonæ fidei possessorem, in terminis, in quibus detur mala fides, vel scientia furtiuitatis, sequentes casus distingue.

Primus casus sit, quando mala fides superuenit bonæ fidei possessori ante conceptionē, vel editionem partus. In quo resolue talem malam fidem obesse illius vsucapioni; Ratio est: quia, vt supra probauimus, partus antequā edatur, non incipit possideri, quod etiam comprobat I.c. in l. iusto, §. & si possessionis, ff. de vsucap. & sine possessione non incipit quid vsucapi, l. 3. l. sine possessione, 25. ff. de vsucap. ergo mala fides obest vsucapioni partus nondum editi.

Et quod attinet ad malam fidem, quæ superuenit ante conceptionem; nulla dubitatio est inter Doctores, omnes enim conueniunt, quod impeditur vsucapio: & ita intelligunt procedere d. l. iusto, §. & si possessionis, ff. de vsucap. ibi: *Quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognouit*; &c. vbi sentit I.c. illā solum malam fidem non obesse, quæ ante editionem superuenit, quæ vero ante conceptionem obesse, & ita ibi sentit glos. verbo, eniteretur, & verbo, ignorabam, in l. si ego. §. partus, ff. de Publiciana, & verbo, donasset, in l. 4. §. de illo, ff. de vsucap. & verbo, cum etiam, in l. ancillæ, C. de furtis. Sequitur ibidem Castrensis, nu. vlt. & Faber, nu. 10.

50 Quod verò attinet † ad malam fidem, quæ superuenit post conceptionem, & ante editionem partus, inquit glos. & Castrensis præcitatis locis, non obesse, quasi adueniat inceptæ vsucapioni, quæ non nocet, l. 1. §. hoc tantummodo, C. de vsucap. transform.

Ceterum, horum sententia falsissima est; immo, quod etiam tunc vsucapio impediatur in nostris terminis, aperta iuris ratio demōstrat: nam tempus ad vsucapionem partus non currit, nisi à tempore editionis, cum antea non possideatur, iuxta supradicta; ergo quælibet mala fides superueniens ante vsucapionem inceptam, debet obesse, cum requiratur bona, iuxta d. l. 1. §. hoc tantummodo, cum vulgaribus, & consequenter partus, qui postea editur, non vsucapietur. Idem probat deinde Iul. Paul. in l. 4. §. de illo, vers. si antequam, ff. de vsucap.

vsucap. ibi: *Si antequam pariat, alienam esse re sciuit emptor, diximus non posse eum vsucapere;* &c. vbi in nostris terminis mala fides, quæ superuenit ante partum editum, licet post conceptum, impedit vsucapi; & ita contra glos. clarè tenet Petr. de Bella pertica, col. penult. in d. l. ancillæ, C. de furtis. Fulgos. ibidem, num. 4. ad medium.

51 Nec obstat † d. l. iusto, §. & si possessionis, ff. de vsucap. ibi: *Veluti circa partum eius mulieris, quam bona fide cœpit possidere, nō enim ideo minus capietur vsu puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognouit;* &c.

Ex quo textu in primis noto, non probari, quod mala fides ante conceptionem partus dumtaxat orta, eiusdem vsucapioni officiat, vt alias volebat glos. & Castrensis, & reliqui, quos retulimus: immo indistinctè dicit, quod ante editionem orta non obest; Hoc autem tempus non restringitur retro ad conceptionē tantum: quinimmo ostendit, quod post emptam bona fide matrem, nulla vnquam superueniens mala fides inhibet vsucapionem partus, etiam multo postea concipiendi: nec pro citatis Doctoribus facit illa consideratio, quæ deducitur ex illis verbis, ibi: *Priusquam eniteretur;* &c. quæ ita respicere videntur editionem, vt aliud dicendum sit ante conceptionē. Respondetur enim: solum fuisse apposita gratia tollendæ maioris dubitationis; quasi dicat, simplex scientia rei alienæ superueniens post editionem nequaquam præiudicat partus vsucapioni, iuxta iuris principia, d. l. 4. §. de illo, vers. si antequam, in fine, ff. de vsucap. l. 1. §. hoc tantummodo, C. de vsucap. transform. immò, & ante editionem non obesse, quando id suaserit aliqua specialis ratio, (vt statim hic suadere ostendemus) Atque ita circa malam fidem superuenientem relinquit I. c. omne tempus retro vagum, & indeterminatum, ne vnquam vsucapioni partus obsit (in terminis, de quibus loquitur) siue post, siue ante conceptionem superueniat.

Dum verò idem §. & si possessionis, videtur oppugnare nostram suprapositam resolutionem, dum dicebamus, partum ancillæ furtiuæ bona fide emptæ non posse vsucapi, si ante illius editionem superueniat scientia rei alienæ. Respondetur: non loqui de partu ancillæ furtiuæ, sed de partu simpliciter alienæ, vt satis cum iudicio tetigit Fulgos. nu. 4. ad med. in d. l. ancillæ, C. de furtis. & ratio differentiæ est elegans, ac manifesta: quia ancilla aliena bona fide empta statim incipit vsucapi; sicut igitur superueniens mala fides, non rumpit cœptam vsucapionem, l. 1. §. hoc tantummodo, C. de vsucap. transform. ita etiam placuit Iurisconsultis, vt eadem non obesse vsucapiendo partui eiusdem ancillæ, quæ vsucapitur, ne ex matre, quam meam facio, alienus partus educatur: & ita iam futura matris conditio, quæ tēpore traditionis initium habuit, partum afficit, vt illius vsucapio non impediatur, sicut matris non rumpitur. Præcipuè, quia titulus, pro suo, in his terminis ex censura iuris non deficit, cum adhuc ex aliena ancilla, quam nostrā vsu facimus, natum pro nostro possideamus, vtpote ex re nostra. At in ancilla furtiua secus euenit, quia cum nunquam possit vsucapi propter cohærens vitium, l. si abducta, C. de furtis, nunquam partus vsucapio potest considerari dependens, & accessoria vsucapioni matris, sed omninò principaliter subsistere debet; vnde à tempore natiuitatis requirit peculiarem titulum, & bonam fidem; nec æquitas aliqua, aut subtilis iuris ciuilis ratio aliud suadet, vt alias eueniebat in d. §. & si possessionis, vt supra explicauimus.

Manet igitur, quod text. in d. §. & si possessionis, procedit tantum in ancilla simpliciter aliena, ex ratione, quam supra perpendimus, non verò in furtiua, quidquid perperam, & inconsultò vtrumque coniungat glos. ibidem, verba mulieris, & ita etiam declaratur d. §. de illo, vers. si antequam, vt solum procedat in terminis, de quibus loquitur, scilicet in ancilla furtiua, quæ si post conceptionem, & ante editionem partus cognoscatur, vt simpliciter tantum aliena, partus vsucapi nequit.

52 Illud † obiter aduerto, d. §. & si possessionis, non habere locum de iure canonico, ex regula text. in cap. vlt. de præscript. vbi mala fides superueniens etiam cœptæ vsucapioni præiudicat: Si igitur in terminis d. §. & si possessionis, ex iure pontificio cœpta vsucapio in ancilla per superuenientem malam fidem rumpitur, consequenter quoque non proderit partui ipsius: & idem obseruabitur apud Lusitanos, ex Ord. lib. 3. tit. 64. vbi ius pontificium iubetur obseruari in materia peccati, quale continet vsucapio mala fide completa.

53 Secundus † casus principalis est, quando post conceptionem partus, & ante eius editionem, superuenit scientia furtiuitatis. In quo resolue, non solum impediri vsucapionem partus nasciturì, quinimmo etiam iam cœptam, iuxta inferius dicenda. Et ita tradit glos. verbo, ignorabam, in d. l. si ego, §. partus, ff. de Publiciana, & verbo, cum etiam, in d. l. ancillæ, C. de furtis, tradit Paul. Castr. ibidem, nu. vlt. & sequuntur reliqui. Sed insuper partus postea natus furtiuus redditur: quia sicut dicitur, quo possessor contrectare videtur ancillam, quam sciuit furtiuam, & tacet, vt ostendemus in quarto casu, ita etiam partus postea editus, tanquam apud furem, furtiuus redditur.

Tertius

54 Tertius casus † est, quando post partum ex ancilla furtiua editum, simpliciter resciuimus esse alienam, non tamen furtiuam. In quo securè resoluendum est, vsucapionem cœptam compleri, vt est text. clarus, in d. l. 4. §. de illo, vers. si antequam, ff. de vsucap. ibi: *Quod si cum iam vsucaperet, cognouerit alienam esse, initium vsucapionis intueri debemus*; &c. & facit regula iuris in d. l. 1. §. hoc tantummodo, C. de vsucap. trans. constat autem, quod in partu simul ac editur (si necessario concurrunt) incipit vsucapio, ergo nil mirum, quod ex simplici superueniente mala fide vsurpetur; & ita est constans omnium sententia, glos. d. §. de illo, verbo, initium, & verbo, ignorabam, in l. si ego, §. partus, ff. de Publiciana. Petr. de Bella pertica, col. penult. in d. l. ancillæ, C. de furtis, vbi Fulgos. nu. 4. Castrensis, num. vlt. quod tamen cessat de iure Canonico, & Lusitano ex dictis, in calce primi casus.

55 Hinc tamen † obiter refelles Castrensem, vbi proxime, num. 4. dum putabat simplicem scientiam rei alienæ in prædicto partu, illum efficere furtiuum: nam hoc (vltra ea, quæ supra præmisimus circa differentiam inter scientiam rei furtiuæ, & rei alienæ) ex eo confunditur: quia si talis partus efficeretur furtiuus, ex simplici scientia rei alienæ, impossibile esset vsucapi, iuxta text. in l. si abducta, C. de furtis, cum similibus, quod tamen denegat d. l. 4. §. de illo, vers. si antequam.

56 Quartus, † & vltimus casus est, quando post partum editum ex ancilla furtiua, & cœptam iam eiusdem vsucapionem, superuenit scientia furtiuitatis. In quo I. c. Trebatius, indistinctè putabat vsucapionem procedere; contra quē tamē multifariam distinguit I.C. Pomponius, in d. l. si ancilla, 4. ff. pro suo, vt videlicet, in tribus tantum speciebus scientia furtiuitatis non obsit vsucapioni partus. Prima est extra controuersiam; quando intra statutum vsucapioni tempus, dicta scientia non adfuit. Secunda est, quando intra statutum tempus, sciuisti esse furtiuam, sed non potuisti dominum certiorē facere (ad quid autem requiratur talis certioratio inferius explicabitur.) Tertia species est, quādo cognita ancilla furtiua, potuisti, & fecisti certiorem dominum. Vltra prædictas species, si quis sciuit ancillam furtiuam, vsucapio partus, quæ procedebat, vsurpatur, & omninò interrumpitur; & ita cum l. consulto sentit glos. ibidem, verbo, pro suo, & verbo ignorabam, in d. l. si ego, §. partus, ff. pro suo, & verbo, cum etiam, in d. l. ancillæ, C. de furtis, vbi antiquus Petrus d. col. penult. Fulgos. num. 4. post medium, Paul. Castrensis, nu. vlt. Faber, num. 10.

57 Pro cuius † resolutionis omnimoda cognitione, aduerte Primo, quod bonæ fidei possessor ancillæ furtiuæ, postquam sciuit esse furtiuam, & tacet, contrectare videtur. Ratio est: quia cum furtum inuoluat clandestinitatem, vt docet Imperat. in §. 1. Inst. de oblig. quæ ex delict. l. 1. ff. de furtis, ille possessor, qui cum scit aliquid furtiuum, clam possidet, furari creditur; & innuunt Impp. in l. ancillæ, C. de furtis, in vltimis verbis, ibi: *Cum etiam hi, qui aliena mancipia comparauerint, si hanc causam non ignorent, furti actione teneantur*; &c. vbi intellige emptores furari videri, nō ex eo solo, quod aliena mancipia emant, (non enim furatur, qui pretium numerat, iuxta regulam l. nemo est prædo, ff. de regul. iuris, l. etiamsi putauit, §. si quis sciens, ff. de petit. hæred.) sed ex eo, quod sciuit venditorem furtum committere in vendendo quod suum non est, §. furtiuæ, vers. vlt. Institut. de vsucap. vnde si etiam post celebratam bonæ fidei emptionem, rem agnouit furtiuam, sine dubio furatur, dum clam, & dolosè retinet. argumento etiam text. in l. clam possidere, 6. ff. de acquir. possess. ibi; *furtiue*.

58 Aduerte † Secundò, quod licet partus editus, ante scientiam matris furtiuæ, furtiuus nō sit, attamen vbi primum possessor sciuit matrem furtiuam, & tacet, ac clam retinet, etiam ipse partus in vitium quoddam furtiuitatis irrepit. Ratio est: quia ille, qui matrem scit esse furtiuam, & clam possidet, furtum committit ex sua persona, vt probauimus: ac consequenter, partum, qui alienus est, clam possidere incipit, & furtiue: vt autem hoc vitium dematur, omnino requiritur, vt verus ancillæ dominus certioretur: quia eo certiore facto de furto propriæ ancillæ, & partus inde prouenientis, tollitur clandestinitatis uitium, & titulus pro suo, stat, (quem non tollit simplex scientia rei alienæ, vt supra probauimus) & consequēter vsucapio procedit: quia, quum cœpi iustè possidere pro meo, dum titulus non remouetur, perfectè vsucapio, non obstante simplici superueniente mala fide. Vnde si possessor bonæ fidei, postquam sciuit ancillam esse furtiuam, uolens non potuit certiorem dominū facere, etiam perficiet vsucapionem: quia tunc solam simplicem malam fidem habere creditur, quæ superueniens non nocet: non enim iam datur in eo animus clam possidedi; cum, si posset, dominum certioraret: & ita adhuc manet in eo idem titulus pro suo, qui, ut supra probauimus, est qualitas possessionis resultans ex animo possidentis.

59 Ex † quibus iam plenè introspicies mentē Pomp. in d. l. si ancillam, dum requirit, ut dominus certioretur, uel ut possessor dominum certiorare nō possit, ad effectum, ut appareat

neutro

neutro casu clam possidere, & ita illum dumtaxat titulum pro suo (qui superer at) euanuisse. Cum autem sciuisset, & potuisset certiorem reddere, non fecit, clam voluit possidere; quæ quidem clandestinitatis qualitas, omnino tollit, vtpote repugnantem, qualitatem possidendi pro suo, vt inquit I. c. ibi: *Neque idem, & pro suo, & clam possidere potest*; &c. nam qui clam possidet, quodammodo, & alium superiorem recognoscit, ac dominum: & consequenter non potest vsucapere, cum cesset titulus ex quo dominium per vsum acquiratur; cui titulo refragatur animus clam possidentis, dum magis domino subtrahere, quam pro suo possidere creditur; & ideo I. c. dicit, non posse possidere pro suo, qui clam possidet, sed magis pro alieno. Clam autem facere dicitur, qui facit aliquid irrequisito eo, qui potest contradicere Bart. in l. alio hærede, num. 17. ff. de alim. legat. Cum autem adcomplendam vsucapionem requiratur continua iusta possessio, hoc est, cum titulo ipsam iustificante, iuxta l. 3. ff. de vsucap. cum ibidem notatis, & partus in nostris terminis clã, ac furtiuè possideatur, meritò illo vnico titulo pro suo, deficiente, vsurpatur vsucapio eiusdem partus, & ita tradit Fulgos. in d. l. ancillæ, 12. C. de furtis, num. 4. multo post med. & in effectu Imola, in l. 4. §. de illo, ff. de vsucap. Rationem autem, ob quam iste titulus pro suo, ita facile destruitur, assignat Paulus Castr. in d. l. ancillæ, num. vlt. in vltimis verbis, scilicet, quia causatur ab vnoquoque possessore.

60 Et hinc † percipies sensum glos. verbo, ignorabam, ad fin. in l. si ego, §. partus, ff. de Publiciana, & verbo, cum etiam, in fine, in d. l. ancillæ, dum inquit, propterea interrumpi vsucapionem in dicto partu: quia in eo non est titulus: nam hoc ita absolutè sumptum, falsum erat, cum detur titulus pro suo, & supra probauimus ex sententia eiusdem glos. sensus igitur glossæ est, quod propterea vsurpatur vsucapio, quia data scientia furtiuitatis, & consequenter possessore clam possidente, titulus ille pro suo reducitur ad non titulum; & ita cum iudicio glossam interpretatur Fulgos. supra proximè citato loco.

61 Hinc † etiam percipies mentem Fulgos. ibidem, n. 6. dum dicit, quod scientia rei alienæ, quæ tollit titulum possessionis, interrumpit vsucap. vt videlicet intelligatur iuxta terminos suprapositos; vel quando id dabile sit, vt quis præcedens titulus iustus tollatur, & possessor solum clam incipiat possidere.

62 Hinc † tandem percipies mentem Vlp. in l. si ego, §. partus, vers. interdum, ff. de Publiciana, ibi: *Si modo eo tempore, quo experiar, furtiuam matrem ignorem*; &c. vbi ad effectum, vt partus ancillæ furtiuæ per Publicianam vendicari possit, requirit, vt actor nesciat matrem furtiuuam esse eo tempore, quo experitur. Quia nimirum, scientia furtiuitatis tollit omninò titulum pro suo, quo partus ille vsucapitur: & licet mala fides superueniens cæptam vsucapionem non rumpat, rumpitur tamen vsucapio, si cesset titulus Quinimmo dico, quod licet iam sit finitum iudicium Publicianum, & victor postea, antea completam vsucapionem resciat ancillam furtiuam, vsucapio omnino interrumpetur; etsi denuo agat Publiciana (suppositis supponendis) vincetur, vt colligitur ex supra probatis. Vnde apparet deceptum Iacobus Cuiacius, in dicta lege quarta, §. hæres, ff. de vsucap. qui putabat dictam scientiam dumtaxat obesse ante editionem partus: existimans, nullum esse discrimen inter simplicem malam fidem, & scientiam rei furtiuæ: & ita deceptus emendabat literam dicto versiculo interdum, ibi: *Quo experior*, vt videlicet reponeretur, *Quo & pariat*. Quæ quidem emendatio, & sententia Cuiacij ex dictis confunditur.

63 In terminis † autem dictę legis si ancillam, ff. pro suo, si primam speciem excipias, in qua vsucapio completa erat, quando superuenit scientia furtiuitatis: reliquæ non procedunt attento iure Canonico: quia licet per certiorationem, vel impotentiam certiorandi non extinguatur titulus pro suo, & consequenter procedat vsucapio cum iusta possessione secundum regulas iuris ciuilis, l. 3. ff. de vsucap. nihilominus tamen datur mala fides, quę licet superueniens non obsit de iure ciuili, lege quarta §. de illo, versiculo si antequam, ff. de vsucap. cum vulgaribus, efficit tamen de iure Canonico, quo attento, continua requiritur, vsque ad complementum vsucapionis, capit. vltimo de præscript. quod & apud Lusitanos obseruabitur, propter materiam peccati; iuxta Ord. Lusit. lib. 3. tit. 64.

64 Pro complemento † nostri §. ancilla, restat agamus de dissoluenda tertia, & vltima difficultate, quam initio proposuimus: cur scilicet partus, sicut, & fructus; ac fetus pecorum statim bonæ fidei possessoris non fiant? vel è contra, sicut partus vsucapitur, non vsucapiantur & ipsi fructus, & fetus pecorum furtiuorum?

Quod ad primum attinet, ratio, quæ efficit, ne partus statim fiat bonæ fidei possessoris, ea est: quia ex iuris dispositione, solos fructus statim facit suos bonæ fidei possessor, inter hos autem non connumeratur partus, ex illa eleganti ratione, quam considerat Imperat. in §. in pecudum, versiculo partus uerò, Instit.

T de

de rerum diuis. I.c. in l. in pecudum, ff. de vsuris. vltra alios tradit Fulgos. in d. l. ancillæ, num. vlt. C. de furtis.

65 Quod verò † attinet ad secundum, ratio est: quia id quod nostrum est, amplius nostrum fieri nequit, §. sed si rem legatarij, Inst. de legatis, cum similibus, quæ congerit glos. ibidem, & ideo fructus, qui sunt bonæ fidei possessoris, non requirunt vsucapionem, vt amplius eius fiant, tradit I.c. in l. 4. §. lana, ff. de vsucap. Fulgos. d. nu. vlt.

66 Sed † grauiter obstat text. noster in d. §. ancilla, ibi: *Idem, & in pecudibus seruandum est, & in fetu eorum. quod in partu*; &c. Dixerat I.c. in partu, quod si conceptus erat apud furem, vel eius hæredem, quamuis ederetur apud bonæ fidei possessorem, nihilominus manebat furtiuus, & inusucapibilis. Si verò concipiebatur apud bonæ fidei possessorem, non nascebatur furtiuus, verum etiam vsucapi poterat. Subiungit deinde, quod idem seruatur in pecudibus, & fetu eorum, ergo fetus pecorum furtiuorum, in primo casu manet furtiuus, & inusucapibilis; in secundo verò non furtiuus & vsucapibilis; & ita tradit Petrus antiquus in d. l. ancillæ, C. de furtis. col. vlt. in fine.

67 Præterea † obstat text. fortissimus in l. 4. §. fructus, ff. de vsucap. vbi in fructibus, & fetu pecorum conceditur vsucapio, quæ tamen sine bona fide non inchoatur; data tamen bona fide videbatur, quod statim fiebant possessoris, iuxta supra dicta, ex l. bonæ fidei, 48. ff. de acquir. rerum domin.

68 Obstat † denique l. 2. vers. vlt. ff. pro suo, vbi fructus possidentur pro suo, & ita in finè vsucapionis, vt Rubrica suadet, sub qua collocatur; & ibidem sentit glos. verbo, fructus.

69 In hac † iurium contrarietate mirè turbantur Scribentes, & indistinctè putant, oē illud, quod fructuum nomine venit, statim fieri bonæ fidei possessoris, secundum citata iura; & varijs modis respondent oppositis difficultatibus: nam Cuiac. in d. §. lana, vers. idem in agnis, opinatur in nostro §. ancilla, debere negationem addi, vt non idem in pecudibus, & in fetu eorum seruetur, quod in partu, sed merito reprehenditur a Roberto, lib. 1. Recept. lect. cap. 5. aliter respondit Connan. lib. 3. Comment. iur. cap. 15. nu. 3. Antonius Faber, lib. 4. Coniectur. cap. 17.

70 Et † istis omissis aliter tandem respondet Hispanus Pichardo, in d. §. in pecudum, nu. 2. Inst. de rerum diuis. scilicet in fructibus aliquando dari vsucapionem, non quidem ad dominium acquirendum, sed ad irreuocabile efficiendum, vt fuit glossæ opinio, in penult. solut. verbo, defuncti non fuerunt, in d. §. fructus, communiter recepta, vt per patruum meum Arium Pinellum in l. 2. C. de rescind. vend. 2. parte, cap. 4. num. 48. ad medium. Couarruu. lib. 1. var. resol. cap. 3. nu. 7. vers. quarta conclusio. Caldas, Lusitan. in repetit. l. si curatorem, verbo, sine curatore, in vltimis verbis. C. de in integr. restit. minorum. qui plures referunt. pro qua sententia videtur facere l. c. in l. in bello, §. si quis seruum, ff. de captiuis. vbi in re iam nostra effecta, datur vsucapio ad plenam securitatem inducēdam. Facit tandem l. 3. C. de his, quæ vi, metusue causa. vbi sola irreuocabilitas dominij vsucapi videtur, cum interim dominium sit translatum ex sententia glos. ibidem, verbo, in rem.

71 Verum hæc † responsio non satisfacit: nam nullibi in iure talis vsucapio inuenitur respectu irreuocabilitatis dominij quoad fructus; nam si fundus, vel res aliena est, postea petita secum inoluit omnes fructus, l. & ex diuerso, §. 1. ff. de rei vendicat. & ibi notat glos. & Doctores. Nec iura, quando obligant, uel exonerant omninò bonæ fidei possessorem a prę̄statione fructuum, non distinguūt inter fructus bona fide perceptos, vsucaptos, vel non vsucaptos; sed potius inter fructus extantes, vel consumptos, vt patet ex §. si à non domino, Inst. de rerum diuis. probat etiam l. quæ situm, 40. ad finem, & ibi glos. verbo, consumptos, ff. de acquir. rerum domin. d. l. 4. §. lana, ibi: *si consumpti*, ff. de vsucap. & ibidem glos. verbo, consumpti, l. certum, C. de rei vendic. ergo male recurritur ad vsucapionem pro irreuocabilitate dominij, cum agitur de fructibus; cum iura ad eorundem existentiam, vel consumptionem recurrant; eo maximè, quia d. §. lana, in principio, loquitur de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis, quando v. g. eius statim fiunt; & in fine, quando irreuocabiliter fiunt possessoris: & tamen quoad reuocabilitatem, meminit solius consumptionis, exclusa prius omni omninò vsucapione, vt patet ibi: *Nec vsucapi debet*; &c. ergo prædicta responsio non est consona iuris principijs: immò & Accurtio (qui primus illam inuexit, in d. l. 4. §. fructus, ff. de vsucap. in verbo, defuncti non fuerunt) displicuit; & ideo ad aliam procurrit, cum qua tandem residet, vt ibidem patet; quod amplius ex vera suprascriptorum iurium conciliatione apparebit.

72 Nec pro † prædicta improbata sententia quidquam facit text. in d. l. in bello, §. si quis seruum: nam quasi vsucapio, quam Iurisconsult. considerat, (vt alibi Deo duce pleniori stylo patefaciemus) admittitur speciali quadam ratione, ne videlicet mens legis fraudaretur, queve magis faueret redēptoribus seruorū captiuorū, statim ob publicum fauorē, dominium

nium in eos transtulit; quæ intentio legis fauorabilis verteretur in damnum, si res aliena redempta (interim facta redimentis) quolibet tempore à vero domino redimi posset oblato pretio redemptionis: cum aliàs, nisi dominium à lege traduceretur, vsucapta iam esset, & possessor iam effectus seruus: merito igitur conceditur quasi vsucapio in terminis d. §. si quis seruum, idque à I. consulto strictissimè, & contra vigorem iuris suadente mente legis, cum aliàs seruus alienus, de quo ibi, pleno iure fieri redimentis nequiuisset. Vnde ab speciali probatur, quod cum prædicta ratio cesset in materia fructuum, vbi alio remedio, videlicet consumptione fiunt bonæ fidei possessoris, non est concedenda vsucapio in re nostra, contra iuris ciuilis regulas; Præsertim, quia in iure, fructus non efficiuntur bonæ fidei possessoris ob aliquem fauorem publicum, sed ob solam bonam fidem, & dum ipsa extat; vnde quocunque tempore teneatur rem restituere, fructus ex ea percepti, & nondum comsumpti in restitutionem veniet: & ita (si legum mentem attendamus) inuenimus, quod noluerunt irreuocabile dominium bonæ fidei possessori in fructibus constituere, sed tantum id dominium elargiri, quo iustè eos consumeret: & ita sola consumptione liberaretur ab eorum redditione, si quando rem restitui contigisset.

73 Nec † tandem facit dicta lex 3. C. de his, quæ vi, metusue. vbi res metu ab alio bonæ fidei possessore vsucapitur, cum tamen venditio metu facta interim dominium transferat, si venditor dominus est, vt rectè tradit gloss. ibidem, verbo, in rem, & innuit Imperat. in lege vltima, C. de his, quæ vi, metusue, & satis suadet titul. sub quo collocatur, vbi agitur de rescindendis contractibus metu factis, qui interim validi sunt, ex ratione I c. in lege si mulier, §. si metu, ff. quod metus causa. Respondetur namque: quod impetrata restitutione ob metum illatum, in antiquum dominum ius suum retransfertur ex potestate prætoria, ex l. nemo, ff. de restitut. in integra innuit text. in l. metum, nonum §. volenti, ff. quod metus, causa, ibi: *Et in rem actio*; &c. & text. in d. l. 3. ibi: *Placuit in rem quoque*; &c. & ibidem eleganter notat gloss. dicto verbo, in rem, & consequenter à possessore res, vt aliena erat auocanda; nihil igitur mirum, quod ab eodem vsucapi posset, cum habito respectu ad restitutionem, vt aliena possideatur.

74 Vnde † pro vera prædictorum iurium conciliatione, quoad effectum vsucapiendorum fructuum, de quo loquimur; distinguendum est, circa fructus per se consideratos, an vsucapi possint, cum alieni, vel furtiui fuerint: & circa fructus consideratos, & perceptos in consequentia rei furtiuæ, vel simili vitio reali affectæ, & bona fide possessæ.

Et quod attinet ad primum distinctionis membrum, securè resoluendum est, fructus alienos, sicut & quæuis alia mobilia (si cohærens vitium absit, iuxta l. abducta, 10. C. de furtis) legitimo tempore vsucapi, concurrentibus omnibus requisitis, scilicet bona fide cum titulo iusto, iuxta l. 3. iuncta gloss. ibidem, verbo, possessionis, ff. de vsucap. vbi reliqui Doctoris.

75 Et hinc † venit intelligendus text. aliàs reputatus difficilis, in d. l. 4. §. fructus, ff. de vsucap. vbi I. c. ita scribit: *Fructus, & partus ancillarum, & fetus pecorum, si defuncti non fuerunt, vsucapi possunt*; Quasi dicat, quamuis fructus, vel partus ancillarum, vel fetus pecorum, per se considerati, vtpote res mobiles, difficulter vsucapi possint, ex ratione Imperat. in §. furtiuæ, versiculo vnde, Instit. de vsucap. ibi: *Na qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia causa tradiderit, furtum eius committit*; &c. Si tamen contingat, vt prædicti fructus inueniantur in hæreditate defuncti, vtpote commodati, locati, vel depositi, & hærens putans eos hæreditarios, alij bona fide accipienti, præcedente iusto titulo tradat, vsucapi possunt, vt exprimit Imp. in §. sed tamen id aliquando, Instit. de vsucap. & ideo I. c. Paulus in d. §. fructus, adiecit illa verba: *Si defuncti non fuerunt*, vt ostendat mansisse in hæreditate, vt alienos, non verò, vt furtiuos. Nec iam tunc obstabunt d. l. 4. §. lana, & d. l. bonæ fidei, ff. de acquir. rerum dom. cum similibus, vbi simpliciter dicitur fructus effici bonæ fidei possessoris, licet à re furtiua percipiantur. Respondetur enim: non loqui de fructibus, quos quis principaliter, & per se possidet, vt in d. §. fructus, sed de fructibus, quos quis habet ratione rei bona fide possessæ: nam licet percepti à bonæ fidei possessore rei etiam furtiuæ, statim eius fiant, iuxta infra dicenda, attamen principaliter, & de per se, à principio possessi, non aliter possunt fieri possessoris, nisi mediante vsucapione, quæ vltra bonam fidem, & titulum, requirit, ne vitium reale cohæreat, quale est furtiuitatis, quod omnino inhibet vsucapionem, dicta lege si abducta, C. de furtis. dicto §. furtiuæ, Instit. de vsucap.

76 Vnde † primò infertur text. in d. §. fructus, non dicere prædictos fructus vsucapi ab hærede defuncti non domini. id enim falsum esset, quia sicut defunctus non potuit vsucapere, ita nec eius hæres, l. cum hæres, ff. de diuers. & temp. latè Couar. in relect. reg. possessor

sessor bonæ fidei, 2. parte, §. 9. à nu. 1. Sed vsucapi posse ab eo, cui hæres (putans esse defuncti) bona fide accipienti tradidit, iuxta §. sed tamen id aliquando, Inst. de vsucap. & ideo decipitur Accurt. in d. §. fructus, verbo, possunt, vbi generalia I. consulti verba vsucapionem concedentia exemplificat in hærede: nisi intelligamus d. §. fructus, etiam procedere in alijs terminis, de quibus in d. §. sed tamen id aliquando, ad finē, videlicet, quādo fructus, vel fetus pecorū alicui traduntur bona fide, tā ex parte tradētis, quā accipientis, præcedēte itidē iusto titulo: & cū ille, qui vsucapiebat, moreretur, hæres eius vsucapit, idest, complet vsucapionem: secundum quem sensum verificari possunt verba d. §. fructus, ibi: *Si defuncti non fuerunt*; &c. vt velit I.c. quod si fructus, & pecorum fetus, siue ancillarum partus, non sunt iam vsucapti per defunctum, & ita eius non fuerunt, vsucapi possunt per hæredem, vel eum, cui hæres vendiderit, innuit glos. ibidem, verbo, defuncti non fuerunt, in vlt. solutione. Verum prior intellectus ad d. §. fructus, magis placet: quia conformior est verbis Iurisconsl. in d. §. fructus, ibi: *Vsucapi possunt*; &c. quæ non tam ad complendam, quàm ad inchoandā vsucapionem diriguntur.

77 Infertur † Secundò notabilis declaratio ad text. in d. l. sequitur, 4. §. lana, ff. de vsucap. & l. bonæ fidei, ad finem, ff. de acquir. rerum domin. cum similibus, in quibus probatur, quod fructus percepti ex re bona fide possessa, statim percipientis fiunt, nec vsucapi necesse est, vt scilicet bona fides sufficiat ad faciendos fructus nostros, quos percipimus à re bona fide possessa, quamuis vitio sit affecta, vt probatur in præcitatis iuribus. At verò fructus traditi de per se, non à re possessa percepti, si vitio aliquo reali, v.g. furtiuitatis, non afficiuntur, vt vsucapi possint (alıter enim nostri fieri nequeunt, cum sint alieni, & traditi à non domino) vltra bonam fidem, insuper requirunt titulum, iuxta supradicta. Si verò ipsi fructus sint furtiui, vel simili vitio reali affecti, nullatenus nostri fieri possunt, §. furtiuæ, Inst. de vsucap.

78 Infertus † tandem ex suprapositа vera decidendi ratione ad d. §. fructus, quam miserè labantur, Martinus, Azo, Ottho, & alij veteres interpretes, quos refert, & reprobat glos. d. verb. defuncti non fuerunt, & ex dictis apertè improbantur; dum omnino ignorarunt terminos, in quibus d. §. fructus, procedere potuisset.

79 Quod attinet † ad Secundum membrum, scilicet, quando fructus percipiuntur bona fide ex re furtiua (quidquid alij aliter resoluāt) distinguendum puto inter fructus productos in potestate furis, vel eius hæredis, & postea perceptos à bonæ fidei possessore: & inter fructus, qui producuntur, & percipiuntur penes eundem bonæ fidei possessorem.

In fructibus pendentibus in potestate furis, vel eius hæredis (quamuis postea percipiantur à bonæ fidei possessore) considerатur vitium furtiuitatis, nec consequenter vsucapio locum habere potest, idque manifestè docet Vlpian. in nostro §. ancilla, vers. idem in pecudibus, nisi immeritò emendetur per Iacob. Cuiac. in d. §. lana. Idem etiam tenuit I.c. Marcellus, relatus ab eodē Vlp. in l. si aliena, 10. §. Scæuola, ff. de vsucap. cuius opinionem ab Vlp. ibidē secutam fuisse supra ostendimus. Ratioque est manifesta: quia si fundus, vel res principalis est affecta vitio aliquo reali, quidquid fructuum in ea re pendet, idem vitium sortiri debet, ex ratione text. in d. l. fructus pendentes, ff. de rei uend. & ita fructus affecti illo uitio reali, perueniunt ad bonæ fidei possessorem; & in fetibus animalium, illud etiam facit, quod omnem matris conditionem sequuntur, l. idem Pomponius, §. idem scribit si equam, ff. de rei uend. Cassanæus in Consuetud. Burg. Rubr. 9. §. 3. numero 4. idem diceret in pupillis gallinorum, qui excluduntur ab ouis alienis, nam gallinæ incubanti, & excludenti ut fetus tribuuntur, ut eleganter tradit Signorol. de Homod. cons. 168. quem sequitur Cassanæus vbi proxumè: qui furtiui dicendi erunt, si gallina, quæ incumbuit, & exclusit, furtiua erat, & incepit incubere in potestate furis; matris enim conditionem sequi debent; oua autem cuius fuerint, non curatur, ex proximè relatis Doctoribus.

80 Verum † suprapositæ resolutioni obstat apertè text. in d. l. bonæ fidei, 48. ff. de aquir. rerum domin. ibi: *Et ideo ad bona fidei emptorem pertinent, etiamsi pragnantes venierint, vel subrepta sint*; & ibi: *Et sane, quin lac suum faciat, quamuis plenis vberibus uenierint, dubitari non potest, idemque in lana iuris est.*

Obstat Secundò d. l. 4. §. lana, ff. de vsucap. ibi: *Si uerò apud bona fidei emptorem, contra*, &c. & ibi: *Idem in agnis, si consumpti sunt*; &c.

His tamen non obstantibus, standum est suprapositæ resolutioni. Et quod attinet ad d. l. bonæ fidei, responde, quod Iurisconsul. ibidem coniungens oues prægnantes, & furtiuas uenditas, manifestè ostēdit, furtiuas non fuisse uenditas prægnantes: tum ne superfluitas uitium incurreret; tum etiam, ne refragaretur expressæ decisioni nostri §. ancillæ, uers. idem & in pecudibus; Atque ita supponit I.c. in d. l. bonæ fidei, quod si ouis uendita, est tantum aliena absque uitio furtiuitatis, bonæ

fidei

fidei emptor fetum penes se editum, suum indistinctè facit, hoc operante bona fide: quia cum fructus illi nullo reali vitio sint affecti, succedit regula, quod bonæ fidei possessor omnes fructus suos facit, quos bona fide percipit: & ita prædictam interpretationem sentit glos. verb. venierint. At quando ouis est furtiua, non dicit I. c. fetum conceptum apud furem fieri bonæ fidei emptoris; cum igitur nihil exprimat in fetu ouis furtiuæ, intelligendus est in fetu concepto, & nato apud bonæ fidei emptorem, iuxta nostrum §. ancilla, in fine; & ita tradit glos. verbo, idem & in pecudibus, & verbo, sequenti, in d. §. ancilla. Secundum quæ intelligitur etiam I. c. Paulus in d. §. lana, ibi: *idem in agnis*; &c. quia cum nihil exprimat, debet intelligi in agnis conceptis, & natis apud bonæ fidei possessorem. Et ita colligitur ineptam esse literæ emendationem, quam ad d. l. bonæ fidei, sequitur Cuiac. in d. §. lana, vbi ita reponit: *Etiamsi prægnantes venierint, quæ subreptæ sunt*; &c. cui, & repugnat litera Florentina, & iuris principia.

81 Ad id † verò quod additur in d. l. bonæ fidei, ibi: *Et sane, quin suum faciat, quamuis plenis vberibus venierint, dubitari non potest; idemque in lana iuris est*; &c. Quibus verbis non distinguens I. c. an ouis sit furtiua, vel non, inquit, quod lac, & lana fit bonę fidei possessoris, quamuis etiam à fure plenis vberibus, & lana alta tradatur. Clarius idem dicit I. c. in §. lana, vbi inquit, quod si lana, quæ in oue furtiua est, apud furem detondatur, furtiua est, & vsucapi nequit; si verò apud bonæ fidei possessorem, statim eius fit; ergo non est faciendum discrimen inter fructus pendentes iam apud furem, vel eius hæredem: immò indistinctè videtur dicendum, pertinere ad bonæ fidei possessorem, si ab eo percipiantur. Verum respondetur, quod licet vera sit nostra suprapostita resolutio ex dictis, limitanda tamen, seu declaranda est, ne procedat in prædictis fructibus, scilicet, lactè, pilo, & lana, propter specialem quandam rationem: nam reliqui fructus ad sui natiuitatem, & perfectionem, certum aliquod tempus requirunt; & immaturi ijdem sunt, ac ijdem postea maturescunt. enimuero lac, pilus, & lana, singulis quibusque diebus denuo efformantur, ac crescunt: atque ita licet in pilo, & lana detur continuatio, ea tamen, quæ exit in cutem, dicitur de nouo nata. Cum igitur in his fructibus, vbi primum res, à quibus producuntur, apud bonæ fidei possessorem sunt, detur aliquid, quod originem habeat à tempore, quo bona fide possidentur; dubium esse non debet, quin illius statim fiant, absque aliqua separatione, quæ nequaquam, vel difficulter, & cum maxima publicæ quietis iactura fieri poterat. Præcipuè, quia huiuscemodi res ita fructus sunt, vt eorum apta detractio, siue perceptio vtilitatem afferat pecoribus: nam nisi lac mulgeatur; vel deperdetur, vel ouibus nocebit: pilus itidem, ac lana, nisi apto tempore tondeatur, pecora suffocabit: totum igitur videtur esse in cura, & preceptione eorundem, nec cum incommodo negligentis domini, nil ergo mirum, quod ad bonæ fidei pertineant possessorem.

82 Hæc † quoad fructus, qui pendentes à fure venduntur. Illi verò, qui apud bonæ fidei possessorem, vel concipiuntur, vel originem habent, & enascuntur, statim illius fiunt, licet percipiantur ex rebus furtiuis. idque ostendit noster §. ancilla, ibi: *Ex furtiuis equis nati, statim ad bonæ fidei emptorem pertinebunt; meritò quia in fructu numerantur*; &c. & ita ibidem tradit glos. verbo, idem & in pecudibus, & verb. ex furtiuis. Idque suadetur ex generali regula l. bonæ fidei, 48. ff. de acquir. reru domin. §. si quis à non domino, Instit. de rerum diuis. cum similibus. Et hinc etiam sequitur, fetus pecudum, & reliquos fructus in his terminis perceptos à bonæ fidei possessore vsucapi nequire, iuxta regulam I. c. in d. l. 4. §. lana, ff. de vsucap. ibi: *Nec vsucapi debet, sed statim emptoris fit*; &c. Rationem exprimit I. c. Triphon. in l. in bello, §. si quis seruum, ff. de captiuis, & postlim. ibi: *Et quod meum iam est, vsucapere me, intelligi non potest*, &c. & sat innuit text. noster in §. Ancilla, vers. ex furtiuis, vt statim explicabimus.

83 Verum † huic resolutioni obstat Primò idē text. noster in d. §. ancilla, vers. idem & in pecudibus, iuncto vers. præcedenti, cui immediatè annectitur, vbi decidit Vlp. quod partus ancillæ furtiuæ conceptus, & natus apud bonæ fidei possess. non est furtiuus, & vsucapi potest; & statim subiungit idē, & in pecudibus seruandum esse, & in fetu eorū; ergo fetus conceptus, & editus apud bonę fidei possessorem, furtiuus non est, & consequenter vsucapi potest.

84 Obstat † secundo l. 2. vers. vlt. ff. pro suo ibi: *Similiter fructus rei emptæ, aut donatæ, aut quæ in hæred. inuenta est*; vbi I. c. concedit titulum pro suo, ad effectum (vt videtur) vsucap. in fructibus perceptis a bonę fidei possessore rei emptæ, vel iusto titulo quæsitæ: nam nisi bonæ fidei possessor esset, nec vsucapiendi potestatem concessisset propter defectum bonæ fidei, quæ à principio requiritur, ergo, &c.

85 His † tamen non obstantibus, inconcussa manet suprapostita resolutio. Nec obstat text. noster in d. vers. idem & in pecudibus: quia omissa, vt sæpè diximus, emendatione

Cuiacij, in d. l. 4. §. lana, ff. de vsucap. quam supra reprobauimus: omissis etiam aliorum interpretationibus, quas iam retulimus, facile respondeo, I.c. Vlp. in vers. præcedenti, duo decidisse in partu concepto, & edito apud bonæ fidei possessorem. Primum, quod furtiuus non sit; Secundum, quod vsucapi possit. Statim autem subnectitur vers. idem & in pecudibus, vbi dicens, quod id, quod in partu resoluerat, locum etiam habeat in pecorum fetu, debet procul dubio intelligi, ad effectum, ne sit furtiuus: non verò, vt vsucapi possit, id enim repugnat iuris principijs, & præcitatis iuribus. Immò & I.c. tacitè dubitans de eo, quod dixerat, scilicet, quod idem, quod de partu ancillæ dicebat, etiam militabat in fetu pecorum furtiuorum, quasi videretur vsucapionem in eo concedere: (contra enim occurrebat, fetus pecorum, licet furtiuorum statim fieri bonæ fidei possessoris, si & concipiebantur, & edebātur apud eundem) tacitæ dubitationi respondens, subdit vltimum vers. (qui alias impertinēs, & repugnans præcedēti videbatur) in quo circa vsucap. reddit rōnem differentiæ in fetu pecorum, & partu ancillæ, ibi: *Ex furtiuis equis nati, statim ad bonæ fidei emptorem pertinebunt: merito, quia in fructu numerantur; at partus ancillæ non numeratur in fructu.* Quasi dicat; cur fetus pecudum furtiuorum conceptus, & editus, apud bonæ fidei possessorem, non est furtiuus, sicut nec partus ancillæ, ex eo est: quia vtrobique eadem ratio datur, de qua supra egimus circa partum ancillæ furtiuæ conceptum, & editum apud bonæ fidei possessorem. Cur autem non vsucapiatur fetus, sicut & partus, ex eo est: quia fetus pecudum in fructu est, partus autem, non est in fructu. Et ex eo, quod fetus sit in fructu, statim fit bonæ fidei possessoris, & consequenter cessat vsucapio, iuxta d. §. lana, cum similibus supra adductis.

86 Non † obstat Secundum ex d. l. 2. vers. vlt. ff. pro suo: nam (omissa responsione glossæ ibidem, verbo, fructus, quam in specie expugnat manifesta eiusdem I.c. decisio, in d. l. bonæ fidei, 48. ibi: *Sed & omnes*, ff. de acquir. rerum domin. de qua agunt plurimi, quos refert, & sequitur Hispanus Pichardo, in § si quis à non domino, à num. 2. & à nu. 11. Instit. de rerum diuis.) Respondeo, propterea I.c. in d. vers. vlt. concessisse in fructibus à bonę fidei possessore perceptis, possessionem pro suo: quia, vt supra tradidimus, titulus pro suo, est qualitas possessionis, & ob id etiam in rebus iam nostris, adhuc durat titulus pro suo, & possessio pro suo, vt patet in l. 1. vers. vlt. ff. eodem tit. ibi: *Sed an desinam ex causa emptionis, post vsucapionem dubitatur? & Mauricianus dicitur existimasse non desinere.* Et quod I.c. in d. l. 2. vers. vlt. nolit agere de vsucapione horum fructuum, satis constat ex principio eiusdem text. vbi declarat, quid sit titulus pro suo; & resoluit, esse speciem possessionis; & vt ostenderet, hanc possessionis speciem tam verſari in his, quæ vt nostra possidemus, quam in his, quæ verè nostra sunt, & vt talia possidentur. Statim exemplificat in rebus, quæ cęlo, terra, marique capiuntur, quæ constat protinus nostra fieri, §. feræ, Inst. de rerum diuis. cum similibus, & tamen in illis concedit possessionem pro suo, ergo & in vers. vlt. licet supponamus fructus esse effectos bonæ fidei possessoris, non ob id denegatur in illis possessio pro suo, quæ in rebus verè nostris etiam locum habet, quamuis vsucapio cesset ratione iuris id inhibente.

87 Atque ita † concludo, quod nisi consideremus fructus (vel quæ fructuum iure censentur) per se, & separatim acceptos, nunquam vsucapi possunt: nam vel sunt furtiui, & vsucapi nequeunt, §. furtiuæ, Inst. de vsucap. & supra latè probauimus; vel non sunt furtiui, & statim fiunt bonæ fidei possessoris rei furtiuæ, l. 4. §. lana, ff. de vsucap. & latè comprobauimus.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & materia l. sed si mors, 13. vers. proinde, ff. de donat. inter virum. à nu. 1. per tot. & præcipuè, à nu. 15.

Donatio causa mortis inter virum, & vxorem, valida tur per deportationem donatoris secutam. d. nu. 1. & nu. 15.

Donatio inter virum & vxorem collata in casum deportationis donatoris, valida est. d. nu. 1. & nu. 24. Intellige tamen, vt nu. 34.

Donatio causa mortis per pœnam capitis incursam à donante irritatur. nu. 2.

Donatio causa mortis legatis æquiparatur. num. 3. & nu. 21. & quando id etiam intelligatur de donatione coniugali causa mortis. nu. 22.

Deportati bona omnia confiscantur. nu. 4. sibi tamen acquirit, quæ postea quærit. nu. 19.

Verbum placeat à I.c. prolatum denotat consensum I. consultorum, ex iuris rationibus comprobatum, nu. 5. ad finem.

Donatio coniugalis in casum diuortij, quando valeat. nu. 6. & nu. 34.

An per deportationem matrimonium dissoluatur. nu. 7. & omninò. à nu. 35.

Donatio inter coniuges simpliciter facta, morte donatoris confirmatur. nu. 8. quæ antea omnino inutilis erat. nu. 10.

Donatio inter coniuges simpliciter facta, redacta est ad naturam donationis causa mortis, & ita ab ea deducitur Falcidia, & coniugis donatarij fidei-

fideicommitti potest. ibidem. & nu. 10.

Donatio causa mortis inter coniuges semper fuit recepta; quidquid dicant Accurs. Iul. Clarus, & alij. d. nu. 8.

Elegans interpretatio ad Vlp. in l. cum hic status. §. si donator, vers. si miles, ff. de donat. inter virum. nu. 9. & ad aliud. nu. 21.

Cui testari permittitur, donare quoque inter viuos coniugi potest. d. nu. 9.

Eleganter discutitur Vlp. in l. 3. in princip. ff. de legatis. 3. nu. 10.

Quod dono post mortem meam recipiendum, donare causa mortis videor. ibidem.

Donatio simplex coniugalis, licet morte confirmetur, habebat effectum donationis inter viuos. nu. 11. & ita per condemnationem capitalem donatoris non irritabatur: nisi crimen graue esset. vt num. 12.

Donationes simplices inter virum, & vxorem, nec indistincte censebantur iure vltimæ voluntatis, nec contractus, sed quodam anomalo iure. numero 13.

Explicatur Papin. in l. si mortis causa. 40. ff. de donat. causa mortis. nu. 14.

Donatio causa mortis inter coniuges, perinde censetur, ac si simpliciter celebraretur. ibidem. & nu. 15. quod tamen intellige in dubio, non verò, quando constiterit, velle omnino facere donationem causa mortis. nu. 22.

Explicatur l. si aliquis. ff. de donat. causa mortis. nu. 16. cum præced.

Donatio simplex, vel causa mortis inter coniuges, olim per deportationem donatoris statim rata fiebat; cum facultate tamen reuocandi vsque ad mortem naturalem. num. 17. & quid hodie. numero 37.

Si maritus velit, ne bona sua vnquam confiscentur, ea donet vxori, siue simpliciter, siue causa mortis, quod intellige. vt nu. 18.

Maritus donator deportatus, si ante factam in coniugem donationem, reuocet, talia bona reuocata fisco addicuntur. nu. 19.

Explicatur l. res vxoris. 24. vers. vlt. ibi: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro. *C. de donat. inter virum. num. 20.*

Donatio causa mortis inter coniuges habita cum ijs solennibus, de quibus l. vlt. C. de donat. causa mort. eodem omnino iure censetur, quo inter extraneos facta; & eisdem modis irritatur. numero 22.

In donatione causa mortis inter coniuges requiritur traditio rerum donatarum, vt donataria præferatur fisco in confiscatione bonorum mariti donatoris deportati. nu. 23.

Quando actus simpliciter gestus per pœnam incursam non irritatur, bene potest conferri in casum talis pœnæ. num. 24.

Nemo præsumitur delinquere velle solum ad fraudandum fiscum. ibidem.

Si maritus titulo donationis maioratum constituerit in vxore, siue simpliciter, siue conferendo in casum damnationis capitalis ab ipso constituente forsitan incurrenda, valet. nu. 25. iuncto nu. 33. cu præced.

An facta inter viuos maioratus constitutio reuocabilis, per damnationem instituentis irritetur. à nu. 26. quæ si facta est in testamento, omnino, & extra controuersiam irritatur. ibidem.

Securius est in puncto iuris, maioratum reuocabiliter inter viuos constitutum, per pœnam capitalem institutoris irritari, contra Hispan. Molinam, Gomez, & alios. nu. 27.

Assignatur differentia inter coniugales donationes, siue in liberos; & inter eas, quas quis reuocabiliter vsq; ad mortem facit: quamuis vtraque morte confirmentur donantium. nu. 28.

An maioratus aliàs reuocabilis irreuocabilitas conferri possit in condemnationem capitalem constituentis. nu. 29. vbi negatiue. vide tamen. numero 31.

An facultas reuocandæ dispositionis amittatur ex delicto disponentis. nu. 30.

An donatio inter coniuges collata in casum relegationis, valeat relegatione secuta, si omnia bona donatoris confiscentur? num. 32. vbi negatur, & notabiliter explicatur nostra l. sed si mors. vers. proinde. & vide etiam nu. 38.

Explicatur noster vers. proinde. ibi: minime. *numero 35.*

Explicatur d. l. res vxoris. 24. vers. vlt. C. donat. inter virum. nu. 37. cum seq.

An donatio inter virum, & vxorem collata in casum deportationis, censeatur reuocata; si mulier donataria affectionem coniugalem mutauerit. nu. 39. vbi affirmatur. Quæ reuocatio prodest fisco, quamuis maritus deportatus remittat culpam vxoris. ibidem ad fin.

Explicatur noster vers. proinde, ibi: & nihil vitij mulier incurrit. *ibidem.*

CAPVT II.

Ad Vlp. in l. sed si mors, 13. vers. proinde, ff. de donationibus inter virum & vxor.

1 VBi ita † scribit Vlp. *Proinde, & si mortis causa vxori donauerit & deportationem passus est; an donatio valeat, videamus? & aliàs placet, in casum deportationis donationem factam valere, quemadmodum in causa diuortij. Cum igitur deportatione matrimoniũ minimè dissoluatur:*

soluatur: & nihil vitij mulier incurrit: humanum est, donationem, quæ mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari; tanquam si mortuo marito rata habeatur. &c.

Duo decidit Vlpian. Primum; quod donatio causa mortis inter virum, & vxorem, valida sit per deportationem donatoris subsecutã. Secundum; quod facta inter easdem personas in casum deportationis simplex donatio, deportatione cueniente valida sit. Cui consentit I.c. Paulus, in l. inter virum, & vxorem exilij causa, 43. ff. eodem tit. de donat. inter virum & vxor.

2 Verum contra † vtrumque membrum insurgunt maximæ difficultates; & contra Primum est idem Vlp. in l. si aliquis, ff. de donat. causa mort. vbi inquit; *Si aliquis mortis causa donauerit, & pœna fuerit capitis affectus, remouetur donatio, vt imperfecta: quamuis cęteræ donationes (si sine suspicione pœnæ factæ sint) valeant,* ergo idem videbatur dicendum in donatione causa mortis inter virum, & vxorem.

3 Accedit, quia † donatio causa mortis legatis equiparatur, §. 1. Inst. de donat. l. vlt. C. de donat. causa mort. legatum autem in prædictis terminis corruere, probat text. in l. 2. C. qui testam. fac. poss. l. eius, qui, §. si cui, ff. eodem tit. & in nostra specie, quod pariter procedat validitas donationis causa mortis, cum validitate testamenti, ostendit Vlp. in l. cum hic status, §. si donator, vers. si miles, ff. de donat. inter virum.

4 Aduersus secundum † notabile facit efficax, ac neruosa difficultas, quod nempè in fraudē fisci facere videtur maritus, qui in talem deportationis causam contulit donationem, qua bona publicantur, vt agnoscit Costa Lusitanus, in cap. si pater, verbo, legauit, nu. 6. de testam. in 6. Constat autem bona deportatoris in fiscum venire, l. si mandauero, §. is cuius, ad finem, ff. mandati, l. deportatus, l. vlt. ff. de interd. & relegat. secundum editionem Florentinam, innuit apertè text. in l. 2. & in l. 3. C. de bonis proscript. Constat itidem fraudem fisci semper esse exceptam, l. filiusfam. 114. §. Diui, il. 2. ff. de legatis 1.

5 Nec hanc † difficultatem eneruat Costæ responsio, d. nu. 6. quasi fauorabiliter id introductum fuerit in vtilitatem vxoris; nam, licet hæc responsio aliquo modo applicetur primo notabili, de quo supra, & innuit text. noster ibi: *Humanum est;* &c. & Imper. in l. res vxoris, 24. ibi: *Quia pudicitia præmio cessit;* &c. C. eodem tit. de donat. inter virum, & vxor. nihilominus tamen, non potest applicari secundo notabili, in quo I.c. nullum fauorē, aut priuilegium olfacit, vt patet ibi: *Et aliàs placet, in casum deportationis donationem factam valere;* &c. vbi hoc esse placitum dumtaxat I. consultorum demonstrat, vt notatur in l. placet, ff. de liber. & posth. & in l. placet, ff. de acquir. hæred. notat Eduard. Caldeira, lib. 4. var. lect. cap. 5. nu. 1. & nos supra notauimus, lib. 1. cap. 1. idque assertum erat inter iuris prudentes, ex uiribus rationum deductum; aliter ergo prædicta obiectio componenda est.

6 Deinde contra † idem secundum notabile facit: quia donatio in talem casum, vt in casum diuortij non poterat valere, iuxta text. ab speciali l. quæ tamen, 12. ff. de donat. inter virum, cum tamen vtrumque parificet Vlp. hic.

7 Tandem † Vlp. in nostra l. sed si mora, videtur repugnantiam in se continere: nam dicit, quod matrimonium deportatione minimè dissoluitur: & tamen idemmet æquiparat inter se, causam deportationis, & diuortij; & vtramque morti naturali comparat, ibi: *Tanquam si mortuo marito rata habeatur;* &c. vt ostēdat, quod sicut diuortio, & morte naturali soluitur matrimonium, & validatur donatio cōiugalis, ita etiam deportatione, quæ mors ciuilis est, l. 1. §. quidam filium, ff. de bonorum poss. contra tabul. & specialiter id inquit I. c. in l. si quis sic stipuletur, ff. soluto matrimon.

8 His tamen † non obstantibus, eleganter respondit Vlp. cuius mens, vt patefiat, & pro vera ratione decidendi: aduerte, quod licet donatio simplex inter virum, & vxorem regulariter non valeat, ex rationibus, quas adducunt I. consulti in l. 1. cum seqq. ff. de donat. inter virum & vxor. (cum inter alios valeret,) quia tamen dicta coniugalis donatio, non erat amarè interpretanda, nec odio prohibita, constitutum est, vt talis donatio morte donatoris vel donatricis confirmaretur, d. l. cum hic status, ff. de donat. inter virum & vxor. Atq; ita hæ simplices inter coniuges donationes, ad instar donationum causa mortis redigerentur (quæ semper receptę fuere inter virum, & vxorem, l. si eum, 9. vers. vlt. cum ll. seqq. ff. de donat. inter virum & vxor. l. si mortis causa, 40. ff. de donat. causa mort. & I.c. Paul. lib. 2. recept. sentent. tit. 23. §. vlt. quidquid perperam & inconsultò dicat glos. verbo, legatum, in l. 2. ff. de dote prælег. quam sequitur Iul. Clarus, in §. donatio, quæst. 9. vers. 1. quos decepit text. in l. mortis suæ, ff. de donat. inter virum & vxor. qui longe diuersum docet, vt ibidem patet): & hinc est, quod ab istis simplicibus donationibus coniugalibus deducitur Falcidia, sicut à donatione causa mortis, l. si mortis, 5. & l. in donationibus, C. ad legē Falcid. & d. l. cum hic status, vers. & de Falcidia, & ibi Bart. à nu. 1. Palatios Ruuios, in repet. Rubricæ de donat. inter virum & vxor. §. 69. à nu. 1. Plures, ac plura cumulat Hispanus Molina,

lina, lib. 1. de primogen. Hispan. cap. 12. à nu. 9. & sicut ei, cui mortis causa donatum erat, fideicomitti poterat, ita & coniugi, cui simpliciter à coniuge donatur, l. sequens quæstio, 78. ff. de legatis 2.

9 Ex quibus † venustè introspicietur mens Vlp. in d. l. cum hic status, §. si donator, vers. si miles, ff. de donat. inter virum & vxor. vbi ita scribit: *Si miles vxori donauerit de castrensibus bonis, & fuerit damnatus, quia permissum est ei, de his testari; si modo impetrauit, vt testetur; cum damnaretur; donatio valebit: nam mortis causa donare poterit, cui testari permissum est.*

Vbi quærens rationem, ob quam mariti militis damnati, simplex donatio in vxorem collata valeat, eam reddit, quod cui testari permittitur, etiam donare causa mortis potest. Quæ quidem ratio primo aspectu peregrina videtur, non enim quæstio proponebatur de donatione causa mortis, sed de simplici, vt patet: & propterea non concludens Accurtio visa est, ibidem, verbo, permissum, ex eo, quod etiam donare causa mortis permittatur ei, cui testari non permittitur (quod verum est) l. tá is, in princip. & in §. 1. ff. de donat. causa mortis; & notant omnes, in princip. Inst. quibus non est permiss. fac. test.

Verum non est assecutus Accurtius spiritũ Vlp. qui decidens permissa facultate militi damnato, vt testetur, non proinde tamen ex eo permittebatur inter viuos simpliciter donare; nec per consequens, ante facta in coniugẽ simplex donatio (de qua quæstio erat) valere videbatur: quia tamen supponebat ex ijs, quę prædixerat in eadem l. cum hic status, simplices inter coniuges donationes, ad instar causa mortis redactas: & illum, cui testari permittitur, donare quoque causa mortis posse, l. 2. vbi notant omnes, ff. de legatis 1. eleganter respondet, propterea in dictis terminis naluisse simplicem in vxorem militis donationem, quia illi testari permissum; & cui testari permittitur, etiam donare causa mortis posse: quasi syllogisticè ita colligendo: Cui testari conceditur, donare quoque causa mortis concessum est: sed donatio simplex inter coniuges, est ad instar donationis causa mortis, ergò, cui ex coniugibus testari permittitur, permittitur etiam simpliciter coniugi donare. Vnde mirè comprobat Vlp. has simplices inter virum, & uxorem donationes, gubernandas esse, sicut donationes causa mortis, quoad plures effectus, qui coniugi donatario utiles sunt: & ita cui testari permittitur, donare quoque inter uiuos coniugi potest.

10 Ex quibus † redditur maximè dubitabile Vlpiani responsum, in l. 3. in princip. ff. de legatis 3. ubi ita scribit: *Si mulier dotem stipulata fuerit, & accepto tulit marito in hoc dotem, vt fideicommissum det: dicendum est, fideicommissum deberi; percepisse enim aliquid à muliere videtur. Hæc ita si mortis causa donatura mulier marito fecit acceptum; sed & si mortis causa auxerit marito dotem, vel in matrimonium eius mortis causa redierit: potest dici, fideicommissum ab eo deberi*; vbi manifestè requirit donationem inter coniuges, debere esse mortis causa, a deffectum, vt donatarij coniugis fideicommitti possit; contra id, quod expresè tradit I.c. in l. sequens quæstio, 78. ff. de legatis 2. & supra notauimus. Et facit contra Vlp. fortissimum argumentum, ex l. Scia cum nuberet, 11. vers. vlt. ff. de dote præleg. vbi in donatione facta cuidam extraneo à muliere nupta, si morte ipsius solueretur matrimonium: cum donatrix postea in suo testamento constituisset, vt dos ad maritum pertineret: interpretatur I.c. donationem extraneo factam censeri causa mortis (si quidem mentio soluti matrimonij per mortem donatricis facta fuit) vt quasi tacitè fideicommissum videatur iniunctum, quo extraneus videtur rogatus de dote reddenda viro. Quinimmo constat ex eodem Vlp. in l. cum hic status, §. si donator, vers. si miles, ff. de donat. inter virum, & vxor. (vt supra proximè sumus interpretati) donationem simplicẽ inter virum, & vxorem, esse censendam iure donationis causa mortis. Cur igitur tam variè scripsit idemmet Vlpianus.

In hac difficultate, quæ nec modica est, nec vulgaris (ad quam Doctores non aduertunt) non aliter responderi posse existimo, quam si recurramus ad tempus, quod adhuc lege confirmatæ non erant simplices inter cõiuges donationes: & ob id opus erat vti donatione causa mortis, & id innuit idem Vlp. in d. l. cum hic status, in princip. dum suo tempore constitutum asserit, vt prædictæ simplices donationes valerent morte donantium, cum antea is esset status dictarum donationum, vt nullatenus valerent. Ex quo constat, eodem tempore Vlpiani præfatas simplices donationes diuerso iure diffinitas: vnde nihil mirum, quod pro tempore variè responderit Vlp. ne tamen maneat superflua hæc decisio, illud colligetur, quod ante rationem Imp. Antonini in Senatu habitam, de qua meminit Vlp. in d. l. cum hic status, non aliàs valuisse donationem inter coniuges, nisi mortis causa factam.

11 Constat igitur † ex supradictis, donationes inter virum, & vxorem sine mentione mortis factas, distingui ab ijs, quæ simpliciter inter alias personas fiunt, in eo, quod hæ indistinctè, & statim valeant, illæ verò non nisi morte coniugum donantium.

Et quia adhuc inæqualitas quædam manebat

cuta morte donatoris, valet, & ita deportatione (quæ mors ciuilis est, vt ostendetur inferius) non irritetur; ita etiam valeat ea, quæ ab initio mortis causa facta est; cum vtraque quoad exitum eandem vim ferant.

Hæc autem humanitatis ratio non prouenit ab aliquo priuilegio coniugum, vt perperam aliqui voluere; quia, supposito, quod omnes donationes respiciunt mortem coniugum donantium, iam attento effectu, & rigore iuris, quodammodo omnes erant causa mortis; & sicut simpliciter factæ deportatione non pe ribant, ita & illæ, quæ causa mortis expressa concipiebantur. Verum, quia in ordinaria donatione causa mortis, quilibet extraneus donatarius repellebatur, d.l. si aliquis, ff. de donat. causa mort. humanum dici potest, eximere ab hac generali regula donationem inter coniuges mortis causa factam, licet hoc aliqua lis iuris ratio suaderet, supposito, quod in simplici donatione coniugali id receptum fuerat.

16 Vnde † d.l. si aliquis, ff. de donat. causa mortis, in ea dumtaxat donatione causa mortis locum habebit, quæ fit personis, quibus aliàs inter viuos donari poterat: nō verò in terminis, in quibus quælibet donatio etiam simplex, & inter viuos facta, reducitur ad speciem donationis causa mortis: quæ quidem tunc in dubio, quoad hunc effectum censebitur, quasi inter uiuos: ex supradictis; quod ibidem innuit glos. sed rationem specialitatis non expressit. Id etiam tradit Costa (qui rationem non adducit) in cap. si pater, 1. parte, verbo, legauit, num. 6.

17 Nec obstat † suprapositæ resolutioni d. l. res vxoris, 24. C. de donat. inter virū, & vxor. ibi: *Donationes à viro in vxorem collatæ, adhuc in pendenti maneant*; &c. quibus cum sequentibus manifestè ostendit Imperat. in nostris terminis, per deportationem non confirmari donationem coniugalem, sed requiri omninò mortem naturalem. Respondēdum enim est, Vlp. in nostro vers. proinde, non considerare mortem naturalem, ad effectum, vt confirmetur donatio (cum esset iam ciuili morte cō firmata) sed tantum ne reuocetur; & id eleganter ostendit, ibi: *Tanquam si mortuo marito rata habeatur: ita tamen, vt non adimatur licentia marito, eam reuocare: quia & mors eius expectanda est, vt tunc plenissimam habeat firmitatem, quando ab hac luce fuerit subtractus*; &c. & ita coniuge donatore in his terminis moriente, nō dicitur tunc confirmari donatio, sed non posse iam reuocari. Sentit glos. ibidem, verbo, rata habeatur; Costa, in d. 1. parte, verbo, legauit, nu. 6. Propterea autem in d. l. res vxoris, sola morte naturali coniugis donantis confirmatur donatio, & omni tempore retro pendet: quia tunc temporis matrimonium deportatione non soluebatur, de quo inferius latè agemus.

18 Vnde † colliges notabilem cautelam, quod si quis ex coniugibus, velit vt bona sua ad fiscum non perueniant (exceptis criminibus grauioribus, de quibus per suppositionem agit Vlp. in l. cum hic status, §. si donator, vers. si maritus, ff. de donat. inter virum. Lusitanus Eman. Mendez à Castro, in repet. l. cum oportet, 1. parte, nu. 47. C. de bonis, quæ liberis) illa donet cōiugi, vel simpliciter, vel causa mortis. quod probat text. noster in uers. proinde, & d. l. res vxoris, dummodo in fraudem fisci factum esse non constet, quæ semper excepta censetur, l. filiusfam. 114. §. Diui, ll. 2. ff. de legatis 1. in dubio enim videbitur maritali affectione fieri, ex ratione l. 1. ff. de donat. inter virum.

19 Adderem † supradictis, quod si coniux donator, post deportationem reuocauerit donationem, vt potest, ex nostro textu in vers. ita tamen, & ex d. l. res vxoris, eadem tunc bona non ipse, sed fiscus occupabit: quia sunt bona, quæ marito competunt ex causa de præterito, & consequenter venire debebant in confiscationem, iuxta supradicta; ea enim tantum deportatus sibi potest acquirere, quæ de nuo ei obueniunt, l. 2. C. de bonis proscript. l. si mandauero, §. is cuius, ad finem, ff. mandati, cum similibus; alias tetigit Costa Lusitanus, in §. & quid si tantum, 2. parte. nu. 48.

20 Nec † obstabit d. l. res vxoris, 24. vers. vlt. C. de donat. inter virum, & vxor. ibi: *Fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.* quasi fiscus omnino excludatur, siue deportatus reuocet, siue nō reuocet donationem: nā, vel debet intelligi, vt confirmata donatione cōiugali per mortē naturalē donatoris deportati, fiscus omninò excludatur; vel vt dū nō reuocat (quādiu donatio in pendenti est) omnino sileat fiscus. Non tamen denegat, nec denegare præsumendum est, vt reuocante donationem viro deportato, bona fisco nō deferantur, immo penes delinquentem maneant, quem lex punire semper intendit.

21 Præterea, † dum supra diximus, donationes causa mortis inter coniuges per deportationem donatoris validari; obstabat æquiparatio legati. & donationis causa mortis, §. 1. Instit. de donat. quasi, sicut legata per deportationem irrita fiunt, l. 2. C. qui test. fac. poss. l. eius, qui, §. si cui, ff. eodem tit. ita videbatur irritanda donatio causa mortis inter coniuges inita. Verum ex dictis satisfit, quod cum donatio causa mortis inter coniuges eundē exitū habeat, ac donatio simplex, nō est censenda cōni iure donationis

causa

causa mortis, sed potius quodam anomalo iure, vt supra probauimus.

Huic autem responsioni non nocet l. cum hic status, §. si donator, vers. si miles, ff. de donat. inter virum & vxor. vbi quando maritus damnatur, vt valeat donatio causa mortis in coniugem collata, requiritur, vt ei testari permittatur: ac per consequens videtur text. innuere, quod donatio causa mortis etiam inter coniuges iure testamentariæ dispositionis regi debeat. Etenim, in primis respondeo, text. in d. vers. si miles, principaliter agere de donatione simplici inter coniuges, ad idque visum fuisse argumento donationis causa mortis, ex eleganti ratione, quam supra tradidimus. Deinde propterea requirit facultatem testandi in marito, vel quia donauerat post reatum; vel quia text. ille loquebatur de criminibus grauioribus, in quibus etiam ante reatum, inter coniuges factæ donationes irritæ erant, vt patet ex vers. præcedenti, & ex ijs, quæ ad illum notat Lusit. Mendoz à Castro. in repet. l. cū oportet, 1. p. n. 47. C. de bonis quæ liber.

22 Obiter † tamen aduerte, quod quando dicimus donationem causa mortis inter coniuges, existimandam sicut simplicem donationem, id intelligimus in dubio: Nam si ipsa fiat cum solennitate, de qua in l. vlt. C. de donat. causa mortis, omninò irritabitur in terminis, de quibus hucusque loquimur: sicut, & quælibet alia vltima voluntas, ex l. 2. C. qui testam. fac. poss. faciunt ea, quæ eleganter tradit Eduard. Caldeira, lib. 4. var. lection, cap. 2. nu. 2. iuncto nu. 15, & ratio est clara: nam quando inter coniuges fit donatio causa mortis, ijs solennibus, quibus æquiparatur legatis, & fideicommissis, tunc ex ipsa mente coniugis donantis apparet, se velle facere donationem omninò diuersam à simplici donatione, quæ per mortem confirmatur, cui regulariter æquiparari insolennem donationem causa mortis, supra probauimus. Et hoc satis colligitur ex forma disponēdi, qua testator vtitur, quæ ad simplicē donationē nō requiritur.

23 Ex quibus † huc vsque discussis infertur, veram esse sententiam Baldi, in l. executorē, nu. 30. C. de executione rei iudicatæ; quem sequitur Costa, in cap. si pater, 1. parte, verbo legauit, nu. 6. dum inquiunt, in terminis nostræ l. sed si mors, vers. proinde, necessariam esse rerum donatarum traditionem, vt coniux donatarius causa mortis præferatur fisco. Hoc autem intelligo ex eo procedere, quia verius est, quod in donationibus coniugalibus regulariter necessaria est traditio, l. Papinianus, ff. de donat. inter virum & vxor. vbi Bart. & reliqui, Couar. in 3. parte, Rubr. de testamentis, nu. 2. plures refert, & sequitur Clarus, in §. donatio, quæst. 9. vers. scias autem, Eduard. Caldeira, d. cap. 2. nu. 13. & cum donatio inter coniuges mortis causa, regulariter eundē exitum habeat, ac simplex donatio coniugalis, vt supra ostendimus, nihil mirum, quod in ea etiam requiratur rei donatæ traditio, quidquid in ea id specialiter requirat Costa, vbi proximè.

24 Quod attinet † ad secundum notabile nostri text. quando scilicet donatio inter coniuges, collata est in casum deportationis, obstant illa duo, quæ supra in initio obiecimus, videlicet, de fraude fisci, & de causa diuortij.

Et quoad fraudem fisci, dicendum est, quod si quidem donationes inter coniuges confirmantur, & vires accipiunt à secuta coniugis donatoris deportatione, fisco omninò secluso, d. l. res vxoris, vers. vlt. C. de donat. inter virum & vxor. & supra ostendimus, nihil mirum, quod in casum deportationis ab initio donatio conferri possit: ne dicamus, quod id, quod citra conuentionem est medium legitimum ad roborandum actum, propter conuentionem operetur contrarium, dummodo tempore, quo fit, non sit contractum delictum, ex quo veniunt bona publicanda, l. post contractum, ff. de donat. tunc enim sicut nulla donatio sustinetur, ita nec hæc coniugalis.

Et licet etiam antequam delictum perpetretur, & citra animum perpetrandi, primo intuitu videatur inuolui fraus fisci, dum priuatur saltem in spe confiscatione prædictorū bonorum, nihilominus tamen, cum interim dum quis nō delinquit, non præsumatur quod velit delinquere dumtaxat ad fraudandum fiscum, cum grauiorem pœnam crimine perpetrato luere debeat: magis videbitur prouidere vxori, in casu, quo à iure eidem prouidetur, quam fiscum fraudare.

25 Vnde infertur, quod si maritus titulo donationis vel simplicis, vel causa mortis, constituat maioratum, vel capellam, vel simile, in casum deportationis (excipe grauiora crimina, vt supra tradidimus) in hoc casu marito deportato (vel è contra) bona titulo maioratus ad vxorem pertinebunt, fisco excluso; idque probat text. noster, in vers. proinde, vt supra ostendimus, nihil enim interest, quid donetur, sed quomodo donetur.

26 Cuius † resolutionis occasione disputari obiter potest, vtrum maioratus in persona extranei constitutus, possit conferri in casum deportationis, vel damnationis ipsius constituētis, ex quo bona veniant confiscanda? cuius quæstionis discussionem præcedere debet inspectio alterius: an videlicet maioratus simpliciter constitutus, deportatione, vel damnatione constituentis rescindatur? quæ quidem quæstio

quæstio solum procedit in maioratu reuocabili vsque ad mortem constituentis: de irreuocabili enim, nulla dubitatio est, quod non reuocetur, & confiscetur, ex damnatione constituentis, si cesset fraus fisci, vt tradit in terminis Hispan. Molina, lib.4. de primog. cã. 11. n. 18.

In maioratu igitur reuocabili, quod per deportationem, & damnationem constituentis non irritetur, & confiscetur, tenuit Anton. Gomez. in l. 40. Tauri, n. 19. vers. aduertẽdum tamen est, argumento text. in d. l. res vxoris, C. de donat. inter virum, & vxor. & nostri vers. proinde. Contrariũ tamen tenuit Simanchas, de Catholicis inst. cap. 9. de bonis hęret. n. 256.

Hispanus Molina, d. cap. 11. n. 20. distinguit inter maioratum reuocabilem constitutum in testamento; aut extra testamentum. Primo casu resoluit, ex delicto institutoris omnino corruere, l. eius qui, §. si cui, ff. qui testam. fac. poss. l. 2. C. eodem tit. & in hoc casu nulla omninò dubitatio esse debet.

Si verò sit constitutus extra testamentum, concludit ex delicto, & confiscatione bonorũ instituentis non rescindi, ex eo, quod putet talem maioratus constitutionem non esse speciem vltimæ voluntatis, quamuis in se reuocabilis sit, sed potius accedere ad naturam donationum coniugalium, & à parentibus in liberos, quos in potestate habent, collatarum, argumento prædictorum. Ita Molina, lib. 1. de primogen. cap. 12. à num. 1 t. vbi hanc æquiparationem facit.

27 Ego autem † generalem resolutionem Molinæ falsam esse autumo, dum dicit, quod ex delicto institutoris non debet reuocari maioratus aliàs reuocabilis; & ita non excipit delictũ siue graue, siue leue. Quod ostendo ex eiusdem fundamentis: nam ipse mouetur exemplo donationum coniugalium, & similium; quæ licet morte confirmentur, non proinde tamen sunt species vltimæ voluntatis; at donatio coniugalis (quamuis alioquin deportatione confirmetur, vt supra ostendimus) si tamen maritus donator hominis seruus fiat, vel alias graue committat delictum, ex quo damnetur, irrita fit, l. cum hic status, §. si donator, in princip. & in vers. si maritus, ff. de donat. inter virum, & vxor. & supra tetigimus, ergo, &c.

Deinde etiamsi delictum solam importet deportationem, adhuc tutius puto, vt in prædicta specie, omninò maioratus rescindatur, & bona confiscentur, tum ex regula generali l. filiusfam. 114. §. Diui, il 2. ff. de legatis 1. ibi: *Sed hæc neque creditoribus, neque fisco fraudi esse*, &c. vbi sicut obligatio à testatore postea contracta non obest creditoribus, ita nec idem testator postea delinquendo ex pręcedenti dispositione fisco debet obesse: tum argumento d. l. si aliquis, ff. de donat. causa mortis: nam licet maioratus simpliciter extra testamentũ constitutus, non sit species vlt. voluntatis ex propria natura, quia tñ institutor voluit esse reuocabilem ad vitæ supremũ exitũ consequẽter quoq; voluisse præsumitur, vt ad instar donat. causa mortis redigeret, & ita locũ hẽbit d. l. si aliqs.

28 Nec pro † Molina quidquam facit exemplũ donationum coniugalium, & earum, quæ inliberos fiunt, quas æquiparat Imper. in l. donationes, quas parentes, C. de donat. inter virum & vxor. Imola, n. 3 in l. sequens quæstio, ff. de legatis 2. & communiter Doctores, licet vnam elegantem differentiam constituat Costa Lusitanus in reper. l. qui duos, §. cum in bel'o, verbo patrem prius, n. 16. ff. de rebus dubijs. Nam licet vtræq; deportatione subsecuta donatorũ non irritentur; siue simpliciter fiant, siue causa mortis, vt latè supra probauimus, id prouenit, quia à principio irreuocabiliter fierent, nisi lex resisteret: & ob id cessante ratione prohibitionis, voluit lex, vt censerentur tamquam irreuocabiles donationes à tempore, quo sunt celebratę, vt supra ostendimus. At constitutio maioratus, quam quis facit liberè; & nulla lege cogente, reuocabilem vsq; ad mortem, manifestam ostendit similitudinem donationis causa mortis, & secundùm illam regulanda est; & consequenter locũ habebit d. l. si aliquis.

29 Quo posito, iam † ad supra excitatã quæst. vtrũ constitutio maioratus possit cõferri in casum deportationis incursæ ab institutẽte, negatiuè respõdeo: quia sicut ipsa deportatione irritaretur don. ita in talẽ casũ omninò irrita erit.

30 Ex dictis † infero ad doctrinã Angeli, in l. filius, col. 2. C. de bonis proscriptorum, qui dicebat, facultatem reuocandæ dispositionis nõ amitti ex delicto ab ipso disponẽte commisso, supponens, dispositionem non corruere; vt videlicet procedat in terminis nostræ legis, sed si mors, vers. proinde, & similibus, in quib. actus ante gestus per deportationem specialiter sustinetur, nõ tamen generaliter, & in terminis, in quib. actus omninò irritetur, vt in l. si aliqs, ff. de don. causa mortis, cũ similibus tunc. n. facultas reuocãdi nõ quidẽ amittitur, verũ cessat omninò, & extinguitur, nõ subsistẽte materia.

31 Si tamen † in fauorem maioratuũ placeat opinio Gomezij, Molinæ, & aliorum, quos proximus refert, d. cap. 11. n. 23. in fine, tunc resoluerem, bene posse illorum maioratuum irreuocabilẽ constitutionẽ conferri in causam deportationis, & confiscationis bonorũ constituentis, quasi in casum mortis, ex æquiparatione, quã facit noster tex. in l. sed si mors, vers. proinde, vt supra expendimus, dũmodo tamen id non intelligitur in delictis, quæ maiorẽ condemnationem expostulant, iuxta supradicta.

32 Illud obiter † aduerterem pro explicatione nostri vers. proinde, quod si citra deportatio-

nem,& ita sine capitis diminutione, bona donatoris coniugis per fiscum auferantur,vt fieri aliquando potest,veluti in relegatis, argumento text.in l.relegati,ad finem,ff.de interdictis, & relegatis,innuit I.c. in l.relegatorum , 7. §. siue ad tempus,cum §.sequenti, infra , eodem tit. in quibus terminis constat,relegatos capite non minui ; immò & nuptias adhuc retinere, & filios in potestate, & cętera munia ciuilia exercere,d.l.relegati;an videlicet,in his terminis donatio inter coniuges irritetur , & trãseat in fiscum cum reliquis bonis donatoris (si omnia confiscentur)? Et certè, ego affirmarem, quia noster text. in d.l.sed si mors,vers. proinde, propterea dicit bona donata in coniugem non confiscanda,quia sunt ciuili morte confirmata,vt patet ibi: *Tanquam,si mortuo marito rata habeatur;*&c.& propterea exemplificauit in deportato,quia capite minuitur,§.minor,Inst. de capitis diminut. vel exemplificat in diuortio (de quo statim agemus) quia soluit matrimonium: & ita continent effectum mortis naturalis. Quod quidem non euenit in relegato, qui omnia iura ciuilia conseruat,& consequenter matrimonium.

Nec obstat text.noster in vers.proinde,ibi: *Cum igitur deportatione matrimonium minimè dissoluatur;*&c.& text.in l.res vxoris, vers. vlt. C.eodem tit. vbi secuta deportatione , matrimonium durat,& tamen bona donata nõ confiscantur. Respondeo enim ex infra dicendis, si tamen non omnia bona confiscentur,in non confiscatis sustinebitur donatio.

33 Ex quibus † etiam aduerterem in suprapositis speciebus maioratuum,quas validas esse cẽsuimus per damnationem constituentium: nõ aliter validari, quam si confiscationem praecedat causa,quæ mortem ciuilem ingerat, ad effectum, vt quasi morte constituentium firmæ maneant ; non oblata tamen reuocandi facultate, vsque ad mortem naturalem constituentium ; vt in donationibus coniugalibus supra probauimus ; & inferius tangemus.

34 Restat † tandẽ, vt de diuortio aliquid dicamus pro perfecta interpretatione nostri vers. proinde,vbi Vlp.inquit,donationẽ perinde valere in casũ deportationis, sicut in casũ diuortij,l. sed interim,11.§.vlt.ad finẽ,ff.de donat. inter virũ & vxor. quasi vterq; casus soluat ipso iure matrimoniũ,ac mors naturalis, in hoc enim I. c. idem considerarunt , quod in simili considerauit Scæuola,in l.Gallus, §. & quid si tantum, ff.de liber. & posthum.

Vnde quod de diuortio dicit Vlp. hic debet necessario intelligi,quando diuortiũ bona gratia fit;cuius varias species enumerant I. c. in l. vitricus,60.vers.diuortij causa,cũ l. sequenti , ff.de donat.inter virũ & vxor. & patet ex l. & ideo,ff.eodẽ tit.ibi: *Et ideo bona gratia matrimonium dissoluto*;&c.alias enim donatio facta in oẽm causã diuortij, ẽt mala gratia, valere nequibat,vt innuit I.c.in l.quę tñ,iũcto fine legis praecedentis ff.de donat. inter virũ & vxor.nã tale diuortiũ oĩno legibꝰ improbat̃,l.rephẽdẽda,5.vbi notãt Doctores,C.de instit.& substit.

Ex quo colligitur mens Vlp. in nostra l.sed si mors,vers.proinde,dũ ęquiparat donationẽ cõiugalẽ in casum deportationis, sicut in casũ diuortij,vt tunc velit,& intelligat deportatione validã fieri:quia sola deportatione non creditur sublata affectio maritalis;& ita in dubio bona gratia solutũ matrimonium dicendũ est:
35 nã † de rigore iuris matrimoniũ dissoluitur ꝑ deportationẽ,cũ solũ inter ciues Romanos cõsistat,princip. Inst.de nuptijs, expressit ĩ terminis I.c.in l.si quis sic stipuletur,ff.soluto matr. facit regula text in l.1.§.quidã filiũ,ff.de bonorũ possess. contra tab.ibi: *Deportatos enim mortuorum loco habendos*;&c. Elegãtẽ rationẽ reddit I.c.Paulus,in l. actione,§.publicatione , ff. pro socio,ibi: *Nam cum in eius locum alius succedat,*(videlicet fiscus)*pro mortuo habetur*;&c.faciunt quę tradit. Lusit. Costa,in §.& quid si tãtũ,2.parte,nu.30.cũ seq.& ideo Vlp.in nostra l.sed si mors,vers.proinde,dicit,quod donatio causa mortis inter coniuges celebrata, per deportationem validatur, quasi coniux donator mortuus esset:alioquin inter cõiuges quatenus in matrim. sũt,subsistere nequiuisset,l.1.cũ ll. seqq.ff.de donat.inter virũ & vxor.Atq;ita deportatione confirmatur donatio coniugalis,sicut in casu diuortij bona gratia interpositi.

Nec obstabit tex.noster,ĩ vers.proinde,ibi: *Cum igitur deportatione matrimonium minime dissoluatur*;&c.vbi clarè probat,matrim. nõ solui per deportationẽ:nã omissis,quę non aptè à glos.& Doctoribus adducuntur,respõdeo,verbũ illud*(maximè)* non esse Vlp. cum & mens, & verba,& ratio ab eodẽ subiuncta,manifestè conuincant,sine negatione textum esse legendũ,imo appositum fuisse a compilatoribus iuris,idq; ex generali facultate Imp. Iust. in l. 1. §.sed & hoc studiosum , C. de veteri iure enucleando.moti aũt sunt compilatores ex constitutione Imp. Constantini,in l. res vxoris , 24. vers.vlt.C.de donat.inter virũ,qui denuo cõstituerat,matrimoniũ deportatione non solui,& ita ex d.l.sed si mors,deceptus dicit Tobias Nonius,in princip. Inst.de testam.nu.9.ad finem, matrimonium deportatione non dissolui.

36 Pro † cuius ꝑfecta cognitione,aduerte,olim per deportationẽ simpliciter solui matrim. vt iura,& ratio supra posita comprobant. Postea tamen hęc iuris seueritas emollita est,ab Imp. Alex. vt patet ex l. 1. C. de repudijs, ibi: *Matrimonium quidem deportatione non soluitur , si casus , in quem maritus inciderit , non mutet vxoris affectionem* ; &c. Atque ita tempore

pore

pore Alexandri, sub conditione soluebatur per deportationem, si videlicet affectio vxoris mutaretur. Quousque tandem fauore contractu matrimonij cõstitutum est ab Imperat. Constantino, vt simpliciter, & absolutè per deportationem matrimonium non censeatur solutum, in d.l. res vxoris. vers. vlt. quam constitutionem nouissimè firmauit Iustinian. in Auth. de nuptijs. §. deportatio, collat. 4.

Attento tamen tempore, quo viguit Vlp. conditor nostrę legis, sed si mors, matrimoniũ per deportationem simpliciter soluebatur, vt ostendunt suprapośita fundamenta, licet vxor potuisset affectionem adhuc coniugalem seruare, ad effectum, vt bona tunc gratia matrimonium dissolutum videretur, (vt statim ex nostro text. probabitur.) & marito restituto, iterum redintegrare, argumento text. elegantis, in l. cum duæ species, vers. vlt. ff. de captiuis, & postlim. reuers.

37 Cum autem † Constantinus Imp. matrimonium per deportationem non solui constituerit, videbatur dicendum, omnia bona mariti, & consequenter quæ inutiliter vxori donauerat, in fiscum deuenire debere: quasi ante mortem (qua sola nunc confirmantur) in talem casum donatio peruenisset, à quo incipere, vel progredi non poterat: & consequenter cessabat fundamentum nostræ decisionis in d. l. sed si mors, vers. proinde, quæ deportationem, vt mortem ciuilem respectu matrimonij, ad similitudinem diuortij considerabat: vt supra in relegato considerauimus. Et propterea Constantinus exprimendum putauit (ne id, quod fauore matrimonij inducebat, verteretur in odium cõiugum, contra regulam l. quod fauore, C. de legibus) vt donationes ante factæ inter coniuges, non quidem deportatione secuta statim ratæ habeantur, vt volebat Vlpianus in nostra l. sed si mors, vers. proinde, (cum matrimonium adhuc ex noua constitutione extaret) sed suspenderentur, vsque ad mortem naturalem mariti donatoris, fisco omninò excluso. Quod totum probatur ex d. l. res vxoris, vers. vlt. ibi: *Donationes à viro in vxorem collatæ adhuc in pendenti maneant: quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissoluitur; ita, vt si vsque ad vitæ tempus suæ maritus eas non reuocauerit, ex morte eius confirmentur: fisco nostro ad easdem rès nullam in posterum communionem habituro.*

Vnde, quæ donatio attento tempore nostri text. statim valida erat, per deportationem coniugis donantis, nisi ante mortem naturalem reuocaretur, vt supra ostendimus: nunc manet in suspenso post deportationem vsque ad mortem naturalem, cum matrimonium interim continuetur, d.l. res vxoris, vers. vlt. parificatur tamen vtraque decisio, quod neutro casu fisco locus est.

38 Cum autem † suspensio donationis inducta fuerit ad sustinendum commodum coniugis donatarij, & in ipsius fauorem, cum antea soluto matrimonio idem consequeretur: manifestè colligitur, quod si aptauerimus terminos, in quibus bona confiscentur absque vlla mortis ciuilis, aut naturalis ratione, & consequenter citra matrimonij dissolutionem, vt eueniebat in relegato, qui integri status manet, iuxta supradicta tunc, cum nullo vnquam tempore talis donatio confirmata fuerit per relegationem (vtpote illæso matrimonio manente) in fiscum deuentura est, si omnia relegati ex sententia confiscentur, vt supra ex nostro textu comprobauimus. Nec d. l. res vxoris, vers. vlt. C. de donat. inter virum & vxor. prouidit huic casui, sed tantum ei, in quo sola noua ipsius constitutio nocebat, conseruando matrimonium post deportationem; quod antea soluebatur ea secuta; & cuius dissolutionis ratione mulieri donatariæ consultum erat: vt videlicet nunc tantum consequatur illæso manente matrimonio, quantum antea eo soluto consequebatur, quod non ita vigebat in relegato. Nec etiam dissuadet illa ratio, quod videlicet, sequeretur leuius delictum, & mitiorẽ pœnam (qualis est relegationis) plus damni afferre, quam grauius delictum, & asperiorem pœnam, qualis est deportationis: quia respondetur, prædictam resolutionem non prouenire ex grauitate, vel leuitate pœnæ, sed ex ratione iuris, quæ in vno casu viget, in altero verò non: non enim fauetur pœnæ mitiori: & ita per accidens, magis nocet mitior pęna, & leuius delictum.

39 Ex dictis † igitur colligitur attento tempore nostri text. in l. sed si mors, vers. proinde, matrimonium solui per deportationẽ: & vxorem donatariam consequi donationem ante factam, quasi morte viri firmatam (cum facultate tamen reuocandi vsque ad mortem naturalem, vt supra tradidimus) dummodo matrimonium bona gratia solutum intelligatur, quia nimirũ vxor mãsit in eadẽ affectione cõiugali. Vnde si vxor donataria posthabita affectione coniugali, post deportationẽ viri donatoris, ab illo omninò animũ auertat, iã tunc, quasi mala gratia diuerteret, nihil ex donatione consequetur, quod probatur, tũ ex æquiparatione, quã Vlp. facit in nostro textu, inter casum deportationis, & casum diuortij; quod nõ nisi bona gratia confirmabat donationẽ; tum ex illis verbis, ibi: *Et nihil vitij mulier incurrit*; &c. vbi ad cõfirmationẽ præhabitæ cõiugalis donationis, vltra deportationem donatoris, requiritur, quod mulier nullum vitiũ incurrat:

quia quodlibet donatariæ vitium obest donationi, & reuocata præsumitur, quasi matrimonio mala gratia soluto. Quod quidem erit in compendium fisci, vt supra probauimus. Nec proderit remissio viri deportati, quia cum supponat ipso iure reuocatam donationem, vt eleganter comprobat Vlp. in l. cum hic status, §. ait oratio, ff. de donat. inter virum, & vxor. noua voluntas superueniens, ex qua tantum poterat reconualescere, iuxta d. §. ait oratio, inutili tempore venit: cum eo ipso, quo reuocata censetur, ius fisco præquisitum sit: cui, cum omnia bona deportati tempore condemnationis inuenta addicantur, vt supra ostendimus, hoc auferri non debet, argumento tex. elegantis, in l. Stichus seruus, ff. de manumiss. testam. & quæ per illum notant Scribentes, in l. filiusfamil. §. diui, il. 2. ff. de legatis 1. vbi Bart. n. 14. Molina, de primogen. Hisp. lib. 1. ca. 12. n. 35.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & conciliatione l. is qui, 15. vers. vnde, & si duo, ff. de legatis præst. cum l. si duo, 16. ff. eod. tit, à nu. 1. per tot. & præcipuè à num. 20.

Refertur, ac reprobatur glossæ conciliatio. nu. 2.

Committere edictum, quid sit. nu. 3.

Bonorum possessionem contra tabulas poterat quis aliquando per alium commisso edicto petere. nu. 4.

Filius institutus non poterat ex se edictum committere: altero tamen edictum committente, habebat & ipse bonorum possessionē contra tabulas. n. 5.

Quid compendij resultet filio instituto, si per alium eidem committatur edictum nu. 6.

Filius institutus adiens ex iudicio defuncti, non potest amplius iuuari ex edicto per alium commisso ad maiorem portionem nanciscendam. n. 7.

Filius exhæredatus nec potest ipse committere edictum: nec per alium commisso vti. nu. 8.

Obiter emendatur litera l. filium, 20. vers. sed quemadmodum, ibi: Exhæredatum effectum, ff. de bon. poss. contra tab. ibidem.

Ad effectum, vt ex alterius persona alteri aperiatur edictum, sufficit quod possit committi. n. 9 si tamen ille, qui committit edictum, actualiter non petat bonorum possessionem contra tabulas, non proficit inanis apertura edicti; defenditur contra Alexandrum, ibidem.

Filio præterito testamentum annullante, fratri instituto nullatenus aperitur edictum contra tabulas, quod defenditur aduersus multos. n. 10.

Filio præterito abstinente, fratri instituto apertum manet edictum. sed sine effectu. nu. 11.

Effectus resultantes ex commisso edicto, siue per se, siue per alium, adhuc hodie prodesse possūt. n. 12.

Bonorum possessio contra tabulas non reducit rem ad causam intestati: immo sustinet testamentum, quod aliàs corruere poterat, nu. 13.

Explicatur obiter l. vnica, vers. 1. ff. si tabulæ testam. nulla extabunt, ibidem.

Bonorum possessio contra tabulas continet tantum remedium successorium, ibidem.

Testamentum in quo suus est præteritus, nisi filius dicat nullum sustinetur de iure Prætorio, ibidem.

Explicatur l. vt liberis, ibi: Rescisso, C. de collationibus. nu. 14.

Explicatur l. filiæ dotem, 4. C. de collationibus, ibid.

Bonorum possessio contra tabulas defert portiones hæreditarias, ac si ab intestato succederetur. ibid.

Testamentum ita sustinetur per contra tabulas, sicut per abstensionem filij præteriti. n. 15. de quo vide omninò nu. 31.

Bonorum possessio contra tabulas quid comprobet, & quid rescindat. ibidem.

Bonorum possessio secundum, & contra tabulas, potest simul concurrere in eodem testamento; quod defenditur contra plures. nu. 16.

Explicatur l. sed cum patrono, ff. de bonorum poss. ib.

Explicatur l. 2. C. de bonorum poss. contra tabul. ib.

Per bonorum possessionem contra tabulas paternas, non euertitur substitutio pupillaris. n. 17.

In specie nostrarum l. is qui, & l. si duo. ff. de leg. præst. vterq; filius ex testamento succedit, n. 18.

Explicatur d. l. si duo, ibi: Cum rem ab intestato habeat, nu. 19.

Ratio, ob quam filius suus præteritus, contra tabulando non tenetur illi legata præstare, ibidem.

Filius emancipatus, & suus, præteriti, petentes simul bonorum possessionem contra tabul. nulli legata præstant. nu. 20.

Explicatur d. l. is qui, ibi: Quia effectu fratris aufert partem dimidiam, ibidem.

Aliquando quis pinguius ius habet ex persona alterius, quam ex se, ibidem.

Quid significet verbum (effectu) in ablatiuo, ibidem.

Si filius emancipatus institutus, & suus, præteritus, simul contra tabulent; emancipatus exceptis personis legata præstat. n. 21.

Explicatur d. l. is qui, vers. quid ergo. nu. 22.

Explicatur d. l. is qui, §. sed si vnus, & d. l. si duo, vers. vlt. n. 23.

Explicatur l. si sub conditione, 5. ff. de bon. possess. secund. tabul. nu. 25.

Conciliatur d. l. is qui, §. sed si scriptus. vers. de scripto. & l. filium. 5. §. vlt. ff. de legat. præst. cum l. si ex duob. 14. ff. de bonorum possess. contra tab. & d. l. si duo, vers. vlt. ff. de legat. præst. à nu. 26.

Refertur, & reprobatur conciliatio glossæ n 27.

Refertur, & reprobatur altera conciliatio Cuiacij, ib.

Traditur noua conciliatio prima. nu. 28.

Traditur noua, ac mulier altera conciliatio. nu. 29.

Explicatur l. filio præterito, vers. 1. ff. de iniusto rupto nu. 30.

Explicatur l. filio præterito, vers. vlt. nu. 31.

Notabiliter limitatur d. l. is qui, in princip. nu. 32.

Suus

Suus præteritus contratabulans tenetur fideicommissa omnibus præstare, si repetantur ab intestato, ibidem.

Suus præteritus contratabulans tenetur præstare fideicommissa, quæ ab intestato tantum erant relicta. num. 33.

Explicatur l. si sub conditione, 5. vers. vlt. ff. de bon. poss. secund. tab. ibidem.

Explicatur l. 2. ff. de legatis 3. nu. 34.

Fideicommissum à filio præterito specialiter relictum non valet, ibidem.

Fideicommissum generaliter ab intestato relictum, etiam a filio præterito debetur, ibidem.

Fideicommissum ab aliqua persona, vel gradu nominatim relictum, ab alijs non debetur, ibidem. ad fin.

Explicatur l. Titia ff. de inoff. testam. nu. 35.

Fideicommissum ab intestato relictum indistinctè non debetur à filio exhæredato, qui in querela obstinuit, ibidem.

Fideicommissum ab intestato generaliter relictum, si in testatore cesset omnimodus mentis defectus, à quibuscumque legitimis hæredibus debebitur, ibidem ad finem.

C A P V T III.

Conciliatio ad Iul. Paulum in l. is qui in potestate, 15. vers. vnde, etsi duo, cum Vlpiano in l. si duo, 16. ff. de legatis præstandis.

1 

Cribit † I. c. Paulus, in d. vers. vnde, & si duo. *Vnde, etsi duo præteriti sint, emancipatus, & is, qui in potestate est; quidam, nec emancipatum præstare debere legata existimāt; quia effectu fratris aufert partē dimidiam; cum, & si hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, vbi præteritus sit suus? verius est, quod dictum est,* &c.

Vbi I.c. Paul. decidit, quod filius emancipatus pręteritus, si simul alter sit in potestate pręteritus, qui bonorū possess. contra tabulas petat; sicut suus, nulli præstat legata, ex ratione, quā in initio proponit: ita ille nulli præstabit, quia ad vmbram fratris sui præteriti, bonorū possess. contra tabulas habet cū eod. priuil. Cū tamen aliàs emancipatus, iure proprio impetrans, contra tabulas bonorum possessionem, legata præstare teneretur exceptis personis, de quibus in l. 1. cum ll. seqq. ff. de legatis præst.

Hanc tñ Pauli. decis. oppugnat Vlp. in l. si duo, ff. de legatis pręst. vbi ita scribit: *Si duo proponātur esse, vnus in potestate præteritus, alius emācipatus institutus; apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est, & si ambo petissent contra tabulas bonorum possess. is quidem, qui in potestate remansit (cum rem ab intestato habeat) non præstabit liberis, & parentibus legata. Emancipatus verò nunquid nec ipse præstat; quia ei rem aufert, qui præstaturus non erat, si solus esset? Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis, & parentibus præstare legata;* &c.

Vbi Vlp. clarè dicit, quod emancipatus ad vmbram sui præteriti, nullum pinguius priuil. sortitur, quā si iure proprio contra tabulas bonorū possess. pertulisset: & id qđ I.c. Paul. pro rōne decidendi attulerat, adducit hic Vlp. pro rōne tñ dubitādi, vt patet ibi. *Quia ei rē aufert, q pstiturus nō erat, si solus esset? sed verius est,* &c.

2 Accurt. † verbo, existimant, in d. l. is qui in potestate, ff. de legatis præst. innuit I. c. Paul. ibidem, dumtaxat referre, non tamen probare sententiam I.c. qui existimabāt emancipatum ad vmbram sui, non teneri legata cōiunctis præstare; & eosdem aperte reprobari in nostra l. si duo. Verum hæc conciliatio perniciosa est; tum, quia, quando reprobatio I. c. non fit in eodemmet textu, sed in diuerso, est in effectu fateri antinomiam in corpore iuris, contra fidem Cæsaris in l. 2. vers. contrarium autem aliquid, C. de veteri iure enucleando, tum maximè, quia I.c. in d. l. is qui in potestate, eorū sequitur opinionē, quos refert; idq; in confirmationem regulæ, quam initio proposuerat, quæ vera est: & propterea Bart. prædictā glos. sentētiā expellit, nec ipse tñ, aut alij, (quos viderim) quid q̃ boni, aut mali afferūt.

3 Vnde pro † conciliatione Iuris consultissimorum Pauli, & Vlpiani, aduerte primò; committere edictum in hac materia, nihil aliud esse, quam aperire edictum Prætorium, quoad effectum concedendæ bonorum possessionis contra tabulas, vt patet ex l. non putauit, 8. §. in adoptionem, l. si post mortem, 16. §. exhæredati, ff. de bonorum posseis. contra tabul. notat glos. verbo, committat, in l. 3. §. si quis ex liberis, ff. eodem titulo, & ita ab omnibus communiter recipitur.

4 Bonorum autem † possess. contra tabulas aliquando quis poterat commisso à se edicto petere, vt in proximè relatis iuribus: aliquādo vero commisso per alterum edicto, quando videlicet ex sua persona non aperiebat edictū, vt patet in d. l. 3. §. si quis ex liberis; d. l. non putauit, §. in adoptionem, d. l. si post mortem, §. 1. & §. exhæredati, l. si in adoptionem, 11. ff. de bonorum posseis. contra tabul. l. ab exhæredati, 126. vers. sed si committente, ff. de legatis primo, l. vlt. §. vlt. ff. de legatis 3. l. 1. §. 1. ff. de coniungendis cum emancip.

5 Institutus filius † nunquam proprio iure poterat aperire edictum bonorum possessionis contra tabulas, l. non putauit, §. vlt. ff. de bon. possess. contra tabul. & passim; poterat tamē alio edictum committente contra tabulare, d. l. non putauit, §. vlt. cum supra citatis: siue institutus fuisset suus, & edictum aperiret emācipatus præteritus, d. l. non putauit, §. vlt. siue emancipatus institutus esset, & suus præteritus, nostra l. si duo, ff. de legatis præstand. & supra citatis iuribus.

6 Ex eo † autem quod instituto competeret bonorum possessio contra tabulas, alio edictum committente, lucrum non modicum in stituto deferebatur, vt exprimit I. c. in d. l. non putauit, §. vlt. ibi: *Non pro ea parte, qua scriptus est hæres, tuendus est commisso edicto, sed amplius per bonorum possessionem habere potest. Prætoris enim propositum est, cum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes vnicuiq; liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hæreditate habiturus esset, si in potestate mansisset;* &c. l. filium, 20. §. videamus, vers. & hoc fit consequens, ff. de bon. poss. contra tabul. cum similibus, quæ congerit glos. verbo, sed amplius, in d. l. non putauit, §. vlt.

7 Declaro † tamen, quod si institutus filius adit non vtendo priuilegio aperti edicti: alio postea actualiter committente, nihil plus consequitur, sed solum conseruatur in parte agnita ex iudicio defuncti, l. si ex duobus, vers. sed illud obseruandum, ff. de bon. poss. contra tabul. l. filium, §. ad eum modum, ad finem, ff. de legatis præstand. notat glos. verb. sed amplius, in d. l. non putauit, §. vlt. Alex. nu. 4. & Doctores in l. 2. C. de bonorum poss. contra tabul. Atque ita iste adiens ex iudicio defuncti, non potest plus compendij sentire alio edicto committente: damnum autem potest, vt ostendit I. c. in d. §. ad eum, d. vers. sed illud, cum similibus. De quo tamen vide, quæ infra, quoad effectum præstandorum legatorum.

8 Exhæredatus † autem nunquam bonorum possessionem contra tabulas obtinuit, siue ex se, siue alio edictum committente, vt in primo casu ostendit text. in d. l. non putauit, in secundo elegans text. in d. l. filium, 20. vers. sed quemadmodum, ff. de bon. poss. contra tabul. vbi tantum querelam inofficiosi concedit. Et hunc vers. quemadmodum, ibi: *Et hære datū effectum*, obiter emenda *effectu* vt benè notat, & explicat Cuiac. lib. 3. Obseru. cap. 15.

9 Edictum † autem, vt ex alterius persona dicatur commissum, ad effectum, vt alij bonorum possessio contra tabulas competat, non requiritur, vt ille, qui iure proprio committere potest, actualiter committat: immò, & si nolit, & abstineat: Vlp. in l. si post mortem, §. vlt. ff. de bon. poss. contra tabul. & in l. nonnunquam, ff. de legatis præst. ex plurimis, quos refert, ita tenet Alex. nu. 5. (vbi obiectis respondet) in l. 2. C. de bonorum possess. cōtra tabul. Quando autem institutus bonorum possessione contra tabulas vtitur, alio edictum effectualiter non committente: talis bonorum possessio in effectu est secundum tabulas, quæ eidem instituto ex se competebat: & ideo nihil amplius per illam consequitur, quam habiturus esset, per secundum tabulas proprio iure competentem. eleganter ostendit seipsum explicans Vlp. in d. l. nonnunquam, consentit nostra l. is qui in potestate, §. sed si vnus, vers. sed si solus, ff. de legatis præst. quidquid sine fundamento contradicat Alex. d. nu. 5. ante finem.

10 Vnde † si filius præteritus non contra tabulet, non aperitur edictum filio instituto ad effectum, vt plus consequatur, quam consequeretur per secundum tabulas, vt proximè probauimus; & nullatenus omninò competet, si filius præteritus in potestate, dicat nullum testamentum; ita Angel. in l. ventre, ff. de acquir. hæred. quem refert, & immeritò damnat Alex. in d. l. 2. nu. 6. C. de bon. possess. contra tab. & Imola, in d. l. ventre, & alij; pro quibus neutiquam facit text. in d. l. si post mortem, §. vlt. ff. de bon. poss. contra tab. quia loquitur, quando præteritus omninò tacet, nec testamentum annullat; & insuper talis tunc competens bonorum possessio, non operabatur diuersum effectum à secundum tabulas, vt ostendimus. At nos loquimur, quando præteritus dicit nullum testamentum, quo casu nec bonorum possessio secundum, nec contra tabulas locum habere potest, ac si nullæ tabulæ relictæ essent, vt comprobat l. vnica, vers. ita autem, ff. si tabulæ testam. nullæ extab. §. sunt autem, Inst. de bonorum poss.

11 Si tamen † præteritus in potestate filius approbet omninò testamentum, abstinendo, iuxta l. filio præterito, ff. de iniusto, rupto. ex persona fratris abstinentis competit fratri instituto bonorum possessio contra tabulas commisso edicto, vt mens Vlp. suadet in d. l. si post mortem, §. vlt. sed non operabitur verum effectum bonorum possessionis contra tabulas, vt patet ex supradictis, & ita cessat varia Doctorum opinio, quos refert Alex. nu. 7. & alij, in d. l. 2. C. de bon. poss. contra tabul. de quo inferius aliquid amplius tangemus.

12 Quæ omnia † adhuc hodie vtilia sunt, cum emancipatus præteritus solam habeat bonorum possessionem contra tabulas (vt verior sententia tenet, de qua alibi, quidquid dicat Costa, in §. & quid si tantum, 3. parte, nu. 231. cum præced.) & insimul suus præteritus, potest

test nunc vti bonorum possessione contra tabulas, si nolit rem ad intestati causam deuocare.

13 Aduerte † secundo principaliter, bonorum possessionem contra tabulas, siue ab emancipato, siue à suo impetratam, non reducere rem ad causam intestati, vt multis comprobat subtilis Lusitanus Costa, in §. & quid si tantum, 3. parte, nu. 120. cum seqq. nam filius in potestate præteritus, quando non vult dicere testamentum nullum, vt alias poterat, nostra l. is qui in potestate, ff. de legatis præst. cum alijs, petit bonorum possessionem contra tabulas; & ita testamentum sustinet, rescindit tamen iudicium in eo contentum; quod manifestè comprobat d.l. is qui in potestate. dum impetrata à filio in potestate præterito bonorum possessione contra tabulas, quærit I.c. an teneatur legata præstare, quod esset aliàs absurdum quæsitum, & absurdius dubitatum. Et clarissime id demonstrat Vlp. in l. vnica, vers. 1. ff. si tabulæ test. nullæ extab. dū inquit: *Ita autem ab intestato potest competere bonorum possessio, si neque secundum tabulas, neque contra tabulas bonorum possessio agnita sit*; &c. vbi agnita bonorum possessione contra tabulas, confirmatum est testamentum, & omninò interclusa intestati causa, & denique text. in l. quia autem, 6. §. hoc edictum, ff. si quis omissa causa test. quam sententiam tenet Bart. in l. 2. vbi etiam Faber, C. de bon. poss. contra tab. Bartolum sequitur, & explicat Vigl. in princip. à num. 3. Instit. de exhæred. liber. & plures, quos refert & sequitur Costa, vbi supra, num. 124. licet contrarium tenuerint glos. in princip. Inst. de hæred. quæ ab intest. Bald. in l. vlt. col. vlt. C. vnde legitimi. Dec. in l. 4. nu. 3. & in l. vt liberis, num. 12. C. de collat. & plures, quos refert Costa, d. nu. 124. nec enim bonorum possessio contra tabulas, est remedium rescissorium testamēti, (quidquid dicat Paulus Castr. in d. l. 2. vbi Curtius, & ferè reliqui.) sed potius successorium, vt probat Imp. in §. sunt autem, Inst. de bonorum possess. & ita suus præteritus, qui petit bonorum possessionem contra tabulas, causam testati probat, & consequenter testamentum alias nullum, ita, vt de iure Prætorio censeatur tunc subsistere, vt explicat Vigl. vbi supra, num. 3. nam testamentum, in quo filius in potestate est præteritus, non est nullum de iure Prætorio, nisi filius dicat, vt ex Theophilo comprobat Vigl. in §. non tamen. num. 2. quibus modis testam. infirm. & ante eum glos. & antiquiores, in varijs locis, quæ cumulat Alex. à nu. 11. in d. l. 2. C. de bon. poss. contra tabul.

14 Nec † obstat l. vt liberis, C. de collationibus, ibi: (*Rescisso*) quia debet intelligi de iudicio testatoris, non verò de tabulis, vt notat Fulgos. in l. filio, §. contra tabulas, in fine, ff. de inoff. testam. Costa Lusitanus, in cap. si pater, 3. parte, verbo, contendum, num. 17. vers. æquissimum, in fine: idem Costa, in §. & quid si tantum, 3. parte. nu. 124. nam tabulæ, & testamenti causa adhuc extat, sed iudicium post ponitur; cum contra illud præteritus admittatur, & dispositiones eneruet, ac si ab intestato succederet: is enim est effectus bonorum possessionis contra tabulas; vt per illam res ex testamento ita habeatur, ac si ab intestato possideretur, vt ostendit l. non putauit, §. vlt. ff. de bon. poss. contra tabul. nostra l. is qui in potestate, in principio. Propterea autem considerauit Imperat. in d.l. vt liberis, successionem quasi ab intestato esse, nempè ad effectum collationis inducendæ; quæ olim non nisi ab intestato de iure locum habebat, l. 1. C. de collationibus, vbi glos. verbo, non oportere, & communiter Doctores. Successio autem per bonorum possessionem contra tabulas, hæditatem defert pro ijs portionibus, quæ ab intestato competunt, d. l. non putauit, §. vlt. notat Costa, in d. §. & quid si tantum, 3. parte, nu. 125. & ideo in ea locum habet collatio, quasi ab intestato, & id eleganter mihi probat text. in l. filiæ dotem, 4. C. eod. tit. de collation. ibi: *Si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant*; &c. vbi manifestè ostenditur, per bonorum possessionem non succedi ab intestato, licet hæreditas ita tunc diuidatur, deferatur, ac constituatur, ac si ab intestato possideretur, ad effectum, vt collationi aditus patefiat, vt diximus; & ita manet rectius explicata d. l. vt liberis, quam per Costam, in d. §. & quid si tantum, 3. parte, nu. 130.

Nec etiam obstat nostra l. si duo, ff. de legatis præst. ibi: *Cum rem ab intestato habeat*, &c. cui inferius in aptiori loco satisfacies.

15 Ex quibus † colliges, per bonorum possessionem contra tabulas, comprobari testati viam: indeque obiter ampliabis decisionem l. filio præterito, ff. de iniusto, rupto. vt non solum testamentum præteritione filij in potestate, iniustum sustineatur eo abstinente, sed etiam contratabulante, vt ibidem tradit Bart. & infra latius probabimus. Nec tunc datur actus repugnans in se, vt videlicet comprobet, & rescindat simul, vt aliàs considerabat Alex. nu. 10. in princp. vbi posteriores sequuntur, in l. 2. C. de bonor. poss. contra tab. & Dec. in d.l. vt liberis, nu. 21. C. de collat. & Ioann. Imola, in l. si filius, nu. 15. ff. de liber. & posth. nam contratabulatio non rescindit testamentum, sed iudicium defuncti, vt supra ostendimus: & ita non operatur contrarietatem in eadem re, nec cum eodem respectu.

Colliges

16 Colliges etiam obiter, bonorum † possessionem secundum, & contra tabulas, posse cōcurrere in eodem testamento, respectu diuersorum. in primis, quia vtraque est ex testamento, text. in l. vnica, vers. 1. ff. si tabulæ testam. nullæ extab. §. sunt autem, Inst. de bonorum possess. & in specie id comprobat I.c. Paul. in l. sed cum patrono, 6. ff. de bonorum poss. ibi: *Sed cum patrono quidem contra tabulas certæ partis bonorum possessionem Prætor polliceatur, scripto autem hæredi secundum tabulas;* &c. Idem supponit Vlp. in nostra l. si duo, vers. vlt. ff. de legatis præst. quando nempè filius emancipatus institutus, vult agnoscere paternum iudicium, altero in potestate præterito contratabulante, vt ibidem ex Azonis sententia tradit glos. verbo, non acceperit.

Nec obstat l. 2. C. de bonorum possess. contra tabul. ibi: *Et si contra tabulas bonorum possessio infantis nomine à tutore petita est; secundum tabulas bonorum possessio locum habere non potest.* Etenim respondetur, procedere, quando bonorum possessio secundum tabulas competitura esset omninò extraneo instituto, vt cum glos. ibidem, verbo secundum tabulas, notat omnes. Et ratio est manifesta: quia cum filius petens bonorum possessionem contra tabulas, totam hæreditatem ab extraneo instituto auocet, l. filium, 20. ff. de bon. poss. contra tabul. inutile, & perperam esse putauit prætor extrano instituto dare secundum tabulas, cum sine re, & effectu futura esset, si quidem omne ab illo euincendum erat: præsertim, si extraneo petente iam decreta fuerit bonorum possessio contra tabulas, vt innuit d. l. 2. à contrario innuens, quod si bonorū possessio secūndum tabulas peteretur ab eo, qui aliàs rem in quocunque euentu retinere debuerat, cessaret dispositio d. l. 2. vt euenit in terminis nostræ l. si duo, vers. vlt. & d. l. sed cum patrono, vbi patronus ab instituto extraneo non totam hæreditatem, sed certam tantum portionem per contra tabulas potest auocare, & ita manet ostensum, bonorum possessionem secundum, & contra tabulas posse concurrere in eodem testamento, quidquid dicat glos. verbo, secundum tabulas, in d. l. 2. vbi Alex. Faber, & reliqui, qui infeliciter respondent ad d. l. sed cum patrono, procedere specialiter: nam ista specialium refugia sunt nimis suspecta, & sine iuris ratione non recipienda.

17 Colliges præterea † obiter rationem, ob quam pupillaris substitutio sustineatur ex eo testamento, contra quod bonorum possessio data est, vt apertè tradit l. filium, 5. ff. de legatis præst. l. ex duobus, 34. §. vlt. cum l. seq. ff. de vulgari, Costa in §. & quid si tantum, 3. parte, à nu. 145. cum alioquin rupto facto testamento, pupillaris substitutio collabatur, l. 2. vers. nam si principale, ff. de vulgari, §. liberis, Inst. de pupillari; & vtrobique notant omnes, vt videlicet, propterea id procedat, quia bonorum possessio contra tabulas non est rescissoria testamenti.

18 Colliges † denique, quod in nostra l. is qui in potestate, & l. si duo, quando commisso edicto, tam qui committit, quam frater institutus succedit, non dicitur vnus ex testamento, alter ab intestato succedere, sed potius vterque ex testamento, vt patet ex dictis, quid quid Doctores variauerint, vt videre est per latè tradita ab Alex. ad fin. & alijs, in d. l. 2. C. de bonorum poss. contra tabul.

19 Nec obstat † nostra l. si duo. ibi: *Cum rem ab intestato habeat,* &c. vbi videtur ostendere, filium in potestate præteritum contratabulantem hæreditatem paternam ab intestato obtinere. Respondetur enim, quod si hoc procederet ex natura bonorum possessionis contra tabulas, etiam frater emancipatus, qui commisso per fratrem edicto contratabulabat, ab intestato rem haberet, quod tamen text. ibidem denegat; vnde Vlp. tantum vult, quod bonorum possessio contra tabulas fit ex testamento, & consequenter legata sint exceptis personis præstanda; id tamen non militat in suo præterito contratabulante, cum alioquin rem habeat ab intestato, si velit: & ita relata verba non respiciunt successionem, quam filius præteritus habet per contratabulas; sed quam potest habere dicendo nullum testamentum, vt in ijsdem terminis euidenter ostendit I.c. Paul. in nostra l. is qui in potestate, in princip. vel (aliter interpretando) propterea suus præteritus contratabulans legata etiam coniunctis personis non præstat; quia eo tempore, quo hæreditatē ex testamento petit per contratabulas, iam operante lege eam ab intestato habet, quoad hunc effectum, non proinde tamen per bonorum possessionem contratabulas dicit, rem ad intestati causam deuocari; quinimmò apertè sentit ex testamento tūc succedi: alioquin non dubitaret, an legata præstanda essent, & ita explicari debet l. filium, 20. §. legata, ff. de bon. poss. contra tabul. notat aliàs Costa, in §. & quid si tantum, 3. parte, num. 129.

20 Aduertē † tandem principaliter, quoad effectum tituli de legatis præstandis, faciendam esse differentiam inter casum, quo filius emācipatus præteritus est, simul cum filio in potestate: & inter casum, quo filius emancipatus institutus est, filio in potestate præterito: licet vtrobique emancipatus admittatur ad bonorum possessionem contra tabulas, si videlicet suus contratabulet.

Ratio

Ratio differentiæ est: quia in primo casu, quando vterque filius est præteritus, & is qui in potestate est, non vult dicere testamentum nullum, sed hæreditatem petit per bonorum possessionem contra tabulas (quo casu sustinetur testamentum de iure prætorio) totam hæreditatem sibi auocabat, sicut & ab intestato eandem nancisceretur, vtpote, solus suus hęres, & notus de iure ciuili, argumento text. in l. in suis, ff. de liber. & posth. iuncta l. in suis, ff. de suis, & legitim. & consequenter astutum totam exonerabat ab oneribus testamētarijs, ex ratione, quam assignat text. noster, in l. is qui in potestate, in princip. & emancipatus, vt potè extraneus, & de iure ciuili ignotus, §. ceteri, Inst. de hæred. qualit. nec ipso iure, nec ex voluntate patris vtpote præteritus, hæreditatem, aut illius aliquotam partem acquirebat; nec etiam de iure Prætorio, antequam peteret innuit Imperat. in §. emancipati, ad fin. Instit. de hæred. quæ ab intest. defer. vnde, quando postea ad portionem debitam auxilio Prætorio admittitur ad hæreditatem, quodāmodo illam aufert à fratre, qui vtpotè suus hæres, totam sibi antea quæsiuerat; & ita aufert iam nudatam omni onere testamentario, argumento text. in l. filium, 5. vers. quæritur, ff. de legatis præstand. ibi: *Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis, parentibusque præstanda sunt; sin verò à substituto impuberis, omnibus eum præstare oportet*; &c. vbi ex persona alterius pinguius quis aliquando ius habet, quam à se, & ita nihil mirum, quod emancipatus præteritus ex persona fratris, a quo portionem hæreditatis auocat tanquam propriā ipsius effectam, nullum onus sustineat, & ita nec exceptis personis legata præstare teneatur; & in his terminis procedit nostra l. is qui in potestate, quod satis innuunt illa verba: *Quia effectu fratris aufert partem dimidiam*; &c. hoc est, cum frater in potestate præteritus, vtpotè solus suus hæres, totam hæreditatem paternam quærat; quando postea emancipatus frater præteritus admittitur ad portionem, tunc effectu, id est, re ipsa (vt alias eleganter notat Cuiac. lib. 3. Obseru. cap. 15.) non patris iam, sed quasi fratris effectam aufert partem dimidiam, & ita explicitam, & liberam omni onere. Quam interpretationem mire suadet Vlp. in nostra l. si duo, ibi: *Quia et rem auferret, qui præstiturus non erat, si solus esset*; &c. vbi ostendit suum præteritum totam sibi quærere hæreditatem, quæ in ipsius persona immunis est ab oneribus; & ab hoc emancipatus aufert suam partem.

Vel etiam in hoc primo casu illa assignari ratio potest, quod filio in potestate præterito testamentum nullum erat. l. inter cetera, ff. de liberis, & posth. cum similibus: & ita tam suus, quam emancipatus præteritus, solam ab intestato successionem in viriles portiones acquirere poterant. l. vlt. ff. de liber. & posth. l. vnica, vers. si emancipatus, ff. si tabulæ testam. nullæ extab. l. 3. cum leg. seqq. ff. Vnde liberi, quo casu legata omnia, & indistinctè corruebant. l. nemo, ff. de testament. tut. l. eam, quam. C. de fideicommiss. Vnde postea fratre in potestate præterito contratabulante, & hæreditatem ex testamento nanciscente, non debet factum fratris obesse iuri quæsito fratri emancipato præterito, & secundum hunc sensum, etiam explicari possunt verba nostræ l. is, qui in potestate, ibi: *Quia effectu fratris aufert partem dimidiam*; &c. idest, cum filius emancipatus præteritus cum suo, etiam præterito, hæreditatem iure proprio habiturus esset ab intestato: si facto fratris contratabulantis, ipse quoque emancipatus contra tabulas bonorum possessionem petat, & ex testamento succedat; iniquum est, vt maneat adstrictus legatis præstandis, quia non proprio facto, & voluntario, sed effectu fratris talem ex testamento successionem arripere coactus fuit; prior tamen interpretatio securior mihi visa est, licet hæc non contemnenda.

21 In secundo † verò casu, quando filius emācipatus institutus est, cum fratre in potestate præterito, licet testamentum æquè nullum sit, vt in præcedenti specie: attamen suo approbante per bonorum possessionem contra tabulas, emancipatus eandem bonorum possessionem contra tabulas commisso per fratrē edicto, non quidem coactus, sed voluntarius suscipit: cum si velit, posset vti iure suo, per bonorum possessionem secundum tabulas, vt supra fieri posse comprobauimus, in qua prætor eum conseruare, ac tueri solet, vnde nihil mirum, quod teneatur legatis præstandis personis coniunctis, & in his terminis procedit Vlp. in nostra l. si duo, quæ alias pugnabat cum d. l. is qui in potestate.

Et si quis obijciat, quod etiam in hac specie videtur militare eadem ratio, qua nititur, vt contrarium decidat d. l. is, qui, ibi: *Quia effectu fratris aufert partem*; &c. cuam pro ratione dubitandi tantum adducit Vlp. in nostra l. si duo, ibi: *Quia et rem auferret*; &c. Respondeo, quod licet iuris seueritas idem hic suaderet; cum tamen titulus de legatis præstandis summa æquitate fundetur, l. 1. ff. eodem tit. & iste emancipatus ex iudicio defuncti vocatus fuerit, ac admitti potuerit: propterea verius esse putat Vlp. in nostra l. si duo, vt tunc exceptis personis legata præstet.

22 Nec † tandem huic concordiæ obstabit d. l. is qui in potestate, ibi: *Quid ergo, vbi præ-*

teritus

teritus sit suus ? verius est, quod dictum est; &c. vbi I.c. Paul. videtur innuere, quod si solus sit suus præteritus (& ita emancipato instituto) quod nec emancipatus legata exceptis personis præstare tenetur. Respondetur enim, mentem I.c. vt ab initio apparet, fuisse eam, vt ostenderet filium præteritum contratabulantem, non teneri legata præstare; & in confirmationem huius conclusionis digreditur ad speciem, in qua simul emancipatus, & suus erant præteriti, quo casu existimabant aliqui Iuris prudentes (quos refert & sequitur) etiam emancipatum non teneri legata coniunctis personis præstare; & ita concludit in vers. quid ergo, verum esse, quod prædixerat in initio, videlicet suum præteritum contratabulantem nulli teneri legata præstare: non tamen ibidē supponit, alterum fratrem emancipatum, institutum concurrere; quod erat extra terminos primordialis quæstionis.

23 Adhuc pro † perfecta interpretatione nostræ l. is qui in potestate, & l. si duo, restat cōponere diuersitatem decisionum in d. l. is qui, vers. sed si vnus, & in d. l. si duo, vers. sed an & omnibus: nam in illo dicitur, filium emancipatum commisso per alterum edicto, teneri solum exceptis personis legata præstare; at in vers. sed an & omnibus, dicitur, non solum exceptis, sed etiam omnibus extraneis legatarijs præstanda legata.

Verum ratio diuersitatis est elegans, ac manifesta; nam emancipatus, qui commisso per alterum edicto, vult vti eodem remedio bonorum possessionis contra tabulas, solum tenetur exceptis personis legata præstare, quia noluit vti iudicio paterno, & ita procedit d. vers. sed si vnus. Si vero idem emancipatus filius institutus nolit vti iure superueniente ob commissum ab alio edictum: quinimmo velit frui voluntate tantum patris, & ita agnoscere illius iudicium, non solum exceptis, sed & omnibus extraneis tenetur legata præstare: & tunc procedit d. vers. sed an & omnibus. ex ratione, quam subiungit, ibi: *tamen, quia plena fruitur voluntate, plenum etiam obsequium testatoris iudicio pro sua parte debet*. Consentit I.c. Africanus, in l. si ex duobus, 14. in princip. ff. de bonorum poss. contra tabul.

24 Quod dico † de emancipato instituto agnoscente voluntatem defuncti quando per alium eidem aperitur edictum de contra tabulas, idem intelligo de suo instituto, qui voluntatē testatoris agnouit, licet eidem etiam committatur edictum per alterum præteritum, vt inquit d. l. si ex duobus, 14. vers. quod si is, qui in potestate, ibi: *Tunc enim, quia iudicium patris comprobasse videtur: in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere*; &c. tradit Iacob. Cuiac. lib. 3. Obseru. cap. 20.

25 Sed † suprapositæ resolutioni obstat primo l. si sub conditione, 5. ff. de bonorum possess. secund. tabul. ibi: *Et accepta bonorum possessione secundum tabulas conditio defecerit*; &c. iunctis consequentibus, ibi: *Sed & si is fuerit qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit*; &c. vbi ostendit, filium emācipatum institutum sub conditione, & agnito iudicio paterno per secundum tabulas bonorum possessionem acceptam, etiam deficiente conditione in eadem conseruari. & postea quærens, quibus legata præstare teneatur, ita subiungit: *Et ideo liberis, parentibusque legata relicta, solis præstare cogetur, ceteris non*. &c. ergo agnitio iudicij paterni, non obligat agnoscentem ad legata etiam non coniunctis præstanda, contra supradicta.

Ceterum respondeo, quod licet à principio in terminis d. l. sub conditione, filius emancipatus agnouisset voluntatem paternam, ea tamen postea deficiente per defectum conditionis, retro eadem voluntas defecisse creditur, & ita emancipatus, iam non secundum, sed contra voluntatem successisse videtur, & consequenter bonorum possessio secundum tabulas, in qua filius ibidem conseruatur, re ipsa cōtra tabulas est: vnde non tenetur omnibus legata præstare; ne tuitio Prætoria ei nocumēto foret, text. verò in d. vers. sed an & omnibus, procedit, quando semper, & omni tempore adfuit voluntas patris, illaque filius simpliciter vti voluit, & ita significant verba, quibus I.c. ibi vtitur: *Plena fruitur voluntate*; tradit Accurt. ibidem. verb. plenum.

26 Deinde † acerrimè obstat l. filium, 5. §. vlt. ff. de legatis præst. vbi Vlp. ita scribit: *Is autem cui portio hæreditatis conseruatur, vtrum omnibus, an tantum exceptis personis legata cogatur præstare? & magis probatur, exceptis personis solis præstanda*; &c. vbi, qui defenditur, & conseruatur in portione hæreditatis delatæ ex iudicio defuncti, solum exceptis personis legata præstat, non omnibus, contra id, quod idem Vlp. dicit in nostra l. si duo, vers. vlt. est etiam pro eadem parte I. c. Paul. in nostra l. is, qui in potestate, §. sed si scriptus, vers. de scripto, vbi postquam dixit scriptum agnouisse iudicium defuncti, adeundo ipsius hæreditatem, ita subiungit: *de scripto autem quæritur? & complures putant certis personis, & eum præstare debere: quod puto verius esse*; &c.

27 Accursius † verbo certis personis, in d. §. sed si scriptus, variè, sed diuinatiuè, aut falsò interpretatur, vt cuiquam patet: & nihil communiter affertur, quod dubitationem tollat. Nec etiam satisfacit Cuiac. lib. 3. Obseru. cap. 20. vbi vnico verbo nixus est componere discordiam,

ſcordiam,vt videlicet d. l.ſi duo,verſ. vlt. ff. de legat.præſt. procedat, quando ſcriptus vtitur plena,hoc eſt,pingui voluntate defuncti. At d. §.ſed ſi ſcriptus. verſ. de ſcripto,quando portio parua, & imminuta ſcripto obuenit: nam in primis,verbum,(*plena*),in d.l.ſi duo, verſ. vlt. non denotat pinguedinem portionis,ſed ſolennem, & honeſtum inſtitutionis titulum, vt in ſimili vtitur idem Vlp. in l. filium,5.§. ſi legata, ad finem, ff. de legat. præſtand. Deinde,ſicut Vlp.in d.l.ſi duo,verſ. vlt. meminit partis hæreditariæ apud inſtitutum remanſuræ, ita etiam Iul. Paul. in d. §. ſed ſi ſcriptus, iunctis verſ. ſeqq.ergo vtrobique datur eadem voluntas,quomodocunque eam Cuiac.accipiat. Tãdem text.in l. ſi ex duobus, 14.ff.de bonorum poſſeſs. contra tabul. nulla facta diſtinctione portionis,decidit,non niſi exceptis præſtare legata debere ſcriptum, qui iudicium defuncti agnouit.

28 In hac † iurium ſeditione,facilius eſt aliorũ interpretamenta refellere, quã aliquod adducere:cum perſpectis hinc inde iuribus, eorum verbis ac mẽte, aperta colligatur antinomia, quam inter ipſos fuiſſe facilè agnoſcerem. Verum cum in iuris corpus redacta ea mente ſint,quia interſe concinant,ſi quis ſubtili ingenio rimetur, vt inquit Iuſtin. Imperat. in l. 2. verſ. contrarium autem aliquod, C. de veteri iure enucl.pro viribus conabor illa cõcordare.

Et quod attinet ad d.l.filium,5.§. vlt. ff. de legatis præſt. non eſt præſumendum,eundem Vlp. ibi ſibi contradicere in noſtra l. ſi duo, verſ. vlt. vnde primò ita conciliarem, vt videlicet in d. §. vlt.loquatur de cõſeruatione agniti iudicij,iuxta terminos l.ſi ſub conditione,5. ff. de bon. poſs. ſecund. tabul. quam ſupra expoſuimus,quæ eiuſdem Vlp. eſt: nempè quando iudiciũ teſtatoris(quod filius agnouit) fuit conditionale,& deficiente cõditione euanuit; vnde talis tuitio Prætoria, manet contra volũtatem defuncti,& conſequenter, potius cõtra, quam ſecundum tabulas; quo caſu ſolis perſonis coniunctis legata præſtare tenetur.

Quod verò attinet ad Iul. Paul. in l. is qui in poteſtate, §. ſed ſi ſcriptus, verſ. de ſcripto, ff.de leg.præſt.quæ apertius pugnare videtur, in primis reſpondeo,I.c.ibidem tantum in dubium reuocaſſe, an ſcriptus hæres iudicium defuncti agnoſcens, exceptis perſonis teneretur legata præſtare,ſicut ille, qui contra tabulas erat;& reſpondet,certis & ipſum ſcriptum adeuntem legata præſtare debere. Et ſi vlterius quæreretur, an & omnibus? idem forſitan reſponderet,cum Vlp. in d. l. ſi duo, verſ. vlt. nec replicet quis ex ratione, quam ſupponit I.c. in d. verſ. de ſcripto,ibi: *Nam & Prætor hac ratione eum tuetur,quod ex liberis eſt,qui contra tabulas petere potuerit*; &c. vbi videtur innuere,ſe in reſolutione præcedenti taxatiuè decidiſſe, legata coniunctis perſonis præſtanda fore: quia ſatisfit dicendo, præfatam rationem non eſſe ſimpliciter ſubiunctam,quoad effectum dumtaxat legatorum præſtandorum, ſed etiam quoad conſeruationem ſcripti hæredis in hæreditate agnita: vt videlicet, propterea ſcriptus conſeruetur in hæditate agnita; & ſimul legata certis perſonis præſtet, quia eſt ex liberis, qui poterant bonorum poſſeſſionem contra tabulas commiſſo per alium edicto,petere: & conſequenter hæreditatem retinere, & legata exceptis præſtare: alioquin enim totum ab illo auocandum foret, vt inquit I.c.in l. filium, 20. ff. de bon. poſs. contra tabul.

29 Hæc ſolutio, quæ † fuco non caret,propterea mihi diſplicet, (nec enim mea me decipiunt) quia reddit text. de indubitabili, cum controuerſiam contineat quæſtionem, eamque decidat I. c. Paul. cum formidine partis oppoſitæ, vt patet ibi: *Quod puto verius eſſe*; &c.

Quapropter, tandem pro concordia d. verſiculo de ſcripto, & dicta lege filium, §. vltimo, ff. de leg. præſt. cum dicta lege, ſi duo, verſiculo vltimo, & cum dicta lege ſi ex duobus, 41. ff. de contra tabul. excogito faciendam eſſe differentiam inter caſum, quo ſcriptus filius hæres agnouit voluntatem teſtatoris adeundo hæreditatem, antequam alter filius præteritus edictum actualiter aperuiſſet, petendo bonorum poſſeſſionem contra tabulas; & inter caſum, quo ipſe ſcriptus agnouit iudicium patris, poſt petitam à præterito contra tabulas bonorum poſſeſſionem, & ita text. in d. §. ſed ſi ſcriptus, iuncto verſ. de ſcripto, loquatur de ſcripto præagnoſcente iudicium patris, vt innuit ibi: *Sed ſi ſcriptus adierit quidem hæreditatem, præteritus autem bonorum poſſeſſionem acceperit*; &c. vbi videtur poſterior contratabulatio. Similiter text. in d. l.filium,5. §. vlt. dum in dubio meminit conſeruationis agniti iudicij,videtur innuere, bonorum poſſeſſionem contra tabulas poſteriorem eſſe, dum quodammodo totam hæreditatem euincebat, niſi ſcriptus, qui adiuerat; conſeruaretur. Per contrarium verò d. l. ſi duo, verſ. vlt. intelligatur de ſcripto, qui voluntatem patris ſequi maluit, quam eadem vti bonorum poſſeſſione contra tabulas, quæ à fratre præterito fuerat petita, vt oſtendit ibi: *Proinde ſi contra tabulas non acceperit*; &c. iunctis verbis præcedentibus; & ſimiliter etiam procedat d. l. ſi ex duobus.

Ratio aũt differentiæ eſt:quia quando ſcriptus adit,altero præterito interim nõ petente bono-

bonorum possessionem contra tabulas, propterea agnitio ei non præiudicat: quia nō tam agnoscere iudicium videtur, quam non contratabulare; quia inutilis ei tunc esset bonorū possessio contra tabulas, dum ille, qui edictum commisit, actualiter non petat, vt ostendimus in præmissis: & cum animo simpliciter agnoscendi non credatur velle adire; postea præterito contratabulante, bonorum possessio secū dum tabulas ei conseruatur in vim contratabulas: & consequenter solis exceptis personis legata præstare tenetur. At qui post a præterito impetratam bonorum possessionem contra tabulas, simpliciter agnoscit iudicium defuncti, propterea tenetur omnibus legata præstare: quia nullo colore excusari potest, quod per alium commisso edicto vsus non fuerit; si exceptis tantum personis præstare volebat.

30 Prædictis huc † vsque constitutis, oppono Papinianum in l. filio præterito, ff. de iniusto rupto. ibi: *Filio præterito, qui fuit in potestate patris, neque libertates competunt, neque legata præstantur: si præteritus à fratribus partem hæreditatis auocauit.* &c.

In quo celebri, & satis noto responso aduerto in primis Papinianum supponere, petitam fuisse bonorum possessionem contra tabulas, in prima specie text. iuxta terminos d. l. is qui in potestate, ff. de legatis præst. alioquin si testamentum diceretur nullum, & ab intestato successio deferretur, non diceret Pap. filium suum præteritum ab alijs partem hæreditatis auocare; quinimmò, ipse cum reliquis ipso iure ab intestato hæres fieret, nec dubitaret, an legata, vel libertates sustinerentur; nec id necessarium esset exprimere, propter regulam l. nemo, ff. de testam. tutel. cum similibus, supponit igitur, testamentum quidem sustineri, licet iudicium paternum in eo contentum destruatur, vt supra in præmissis probauimus, innuit glos. ibidem, verbo, tuebitur, dum dicit concordare cum nostra l. is qui in potestate, & l. si duo, ff. de legatis præst.

Deinde aduerso, Pap. supponere, institutos fuisse fratres, vt patet ibi: *A fratribus partē hæreditatis auocauit*; &c. alioquin totum conse qui deberet præteritus per bonorum possessionem contra tabulas, l. filium, 20. ff. de bon. poss. contra tabul. quidquid perperam dicat glos. ibidem, verbo, fratribus, vbi putabat, ab extraneis institutis per bonorum possessionem contra tabulas solam partem hęreditatis fore auocandam.

Ex quibus constat, in d. l. filio præterito, dari duōs, pluresue filios, qui quidem fuerunt instituti, vno in potestate præterito. Constat insimul institutos hæreditatem penes se habere, cum ab illis suus pręteritus partem euincat; siue igitur instituti adijssent hæreditatem; siue commisso per fratrem edicto bonorum possessionem contra tabulas pertulissent, semper saltem exceptis personis, legata præstare tenebantur, d. l. is qui in potestate, §. sed si vnus, d. l. si duo, ff. de leg. præst. l. si ex duobus, 14. ff. de bonor. poss. contra tab. notat aliàs Cuiac. lib. 3. Obseru. cap. 20. quod tamen denegare videtur Papin. in d. l. filio præterito.

Verum, ne in hac materia quidquam maneat contrarium, respondeo, Papin. in d. l. filio præterito, (si supponat, filios institutos cōmisso per alterum præteritum edicto, hæreditatem paternam per bonorum possessionem accepisse contra tabulas) cum dicit, legata nō esse præstanda, intelligit, de legatis relictis per sonis extraneis, d. l. si duo, d. l. is qui in potestate, §. sed si vnus, & propterea coniunxit libertates, & cetera legata: quia non agebat de legatis relictis extraneis personis; non tamen intelligit de legatis præstandis exceptæ personæ, iuxta tit. de legatis præst. vt supra latè explicauimus.

Si verò supponat filios institutos agnouisse iudicium paternum, quo casu, indistinctè omnibus legata præstare tenentur, vt supra probauimus: tunc verba d. l. filio præterito, verificari debent dumtaxat respectu partis à filio præterito contratabulante auocandæ,

31 Ex † quibus apparet, per bonorum possessionem contratabulas non euerti, immo sustineri testamentum: licet iudicium in eo contentum euertatur. Nec obstabit d. l. filio præterito, vers. vlt. ibi: *Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamē voluntas testatoris ex bono, & æquo tuebitur*; Quibus verbis videtur innuere Papin. quod si abstinente filio præterito voluntas testatoris adhuc contra seueritatem iuris sustinetur: eodem contratabulante neutiquam sustineatur: quod quidem non diffitemur; sed ex hoc non sequitur, testamentum etiam de iure Prætorio per bonorum possessionem cōtra tabulas, corruere, quamuis voluntas testatoris in eo contenta pereat. Atque ita resoluo in d. l. filio præterito, per bonorum possessionem contra tabulas æquè sustineri testamentum (vt videlicet succesio fit testamentaria) ac per abstensionem, solaque differentia erit, quod per illam voluntas testatoris non reuiuiscit, quinimmo infringitur; per hanc verò sustinetur ex bono, & æquo. Ratio autem (si id obiter quæras) ob quam abstinēte filio ęquitas tantum tuetur voluntatem defuncti, est: quia si attendamus ius ciuile, eo ipso, quod filius in potestate erat præteritus, statim intestatus pater decedere videbatur: & consequenter legata, & ceteræ dispositiones extinguebantur,

tur, licet filius obstineret; quia abstensio ve niebat post legis executionem, quæ in instanti operatur, l. apud Aufidium. in fine, ff. de optione legata. Si verò attendamus ius prætorium, eo ipso, quod præteritus est is, qui bonorum possessionem contra tabulas petere potest, statim, reliquis institutis liberis, eadem contra tabulas bonorum possessio competebat, commissso videlicet edicto, vt supra probauimus. Verum quia talis bonorum possessio contra tabulas ex æquitate Prætoria non prodest alijs, quando ei, qui edictum commisit, & aperuit, non proficit, vt supra quoque ostendimus, propterea in d. l. filio præterito, decidit Papinian. quod ex bono, & æquo voluntas testatoris plenariam consequitur executionem; & ita prædicta verba non referuntur ad validitatem testamenti (quod de iure Prætorio non contradicente filio præterito sustinetur, vt supra concludimus) sed ad tuitionem dispositionum, quas euertere intentabant reliqui liberi instituti, qui commisso per præteritum abstinentem edicto, bonorum possessionem contra tabulas deducere poterant.

32 Illud † hic pro coronide aduertimus, quod licet filius in potestate præteritus, petita bonorum possessione contra tabulas, non teneatur etiam exceptis personis legata præstare, nostra lege is qui in potestate, in princip. ff. de legat. præst. si tamen fideicommissum ab intestato generaliter repetatur; in hoc casu siue sit relictum coniunctis, siue extraneis personis indistinctè præstare tenebitur, à cessante ratione d. l. is qui in potestate: nam propterea nulli legata præstare tenebatur contra tabulando, quia iure suo vtens, videlicet ab intestato succedens, hæreditatem liberam inueniebat, cum legata diruto testamento corruissent, l. nemo, ff. de testam. tut. vnde si ab intestato repeteren tur eædem dispositiones; cessat ratio, ob quam per contra tabulas ex testamento non tenebatur, & ita notabiliter declarabitur d. l. is qui, in princip. nec obstabit l. 2. ff. de legatis 3. vt inferius notamus.

33 Insuper † dico (quod & elegantius est) si fideicommissum dumtaxat fuerit ab intestato generaliter relictum (si videlicet res ad causā intestati deueniret) & filius præteritus spreto iure dicendi nullum, vel rumpendi (si posthumus fuerit, vel loco posthumorum) petat bonorum possessionem contra tabulas, iuxta l. is qui, ff. de legatis præst. l. 2. (de bon. poss. contra tab. in hoc casu indistinctè tenebitur fideicom missum præstare: quia fraudatoria videtur talis bonorum possessio contra tab. & in neeem fideicōmissari, & ita ex æquitate tituli, ff. si quis omissa causa test. conseruatur onus ab intestato impositum, vt eleganter ostendit Vlp. in l. si sub conditione, 5. vers. vlt. ff. de bon. poss. secund. tabul. ibi: *Plane ei, cui ab intestato fideicom missum relictum est, erit præstandum, quasi videatur hoc ipso fraudatus, quod ex testamento petita sit bon. poss.* Constat autem bonorum poss. contra tab. etiam ex testam. esse, l. vnica, §. 1. ff. si tabulæ test. nullæ extab. §. sunt autem, Inst. de bon. poss. & latè supra probauimus. Et ita illud venustum colligetur, quod edictum, si quis omissa causa test. etiam ordine conuerso locū habere potest, data paritate rationis, videlicet, si per calliditatem quis omissa causa ab intestato succedendi, testamentariam success. amplectatur, quod verificatur in prępositis terminis.

34 Nec obstabit † supradictis duabus declarationibus l. c. Caius, in l. 2. ff. de legatis 3. vbi scribit: *Et filio præterito, licet suus hæres erit fidei com missum relinqui non potest.* Vbi variè intelligūt glos. Bart. & reliqui, qui tandem concludunt, quod si filius in potestate sit præteritus, & ab eo aliquid fideicommissi nomine relinquatur, ab intestato succedens non tenetur fideicommissum præstare; & consequenter si ex testamento per contra tabul. uelit admitti, eodem iure vti poterit, vt arguit l. c. in nostra l. is qui, ff. de legatis præst. contra id quod superius diximus.

Verum satisfac dicendo, aliud esse, fideicōmissum ab intestato imponere filio præterito, quo casu non valet; aliud, generaliter, & indistinctè fideicommittere cuiuscumque legitimi hæredis, seu bonorum possessoris, & tunc repe riatur suus præteritus; quo casu fideicōmissum tenet; & præstandum erit ab eodem suo legitimo, vt existimabant aliqui, quos refert, & perperam damnat glos. & Doctores in d. l. 2.

Nam primo casu propterea non valet fideicommissum nominatim impositum filio suo præterito, quia iniustum videbatur, vt mentio oneris grauaret, quem præteritio honoris excludebat. Et in his terminis procedit d. l. 2. vbi I. c. specialiter se restrinxit ad fideicommissum relictum ab ipso filio præterito. Ex qua venit amplianda decisio d. l. is qui, in princip. vt videlicet filius in potestate præteritus contra tabulans, non teneatur præstare fideicommissum ab intestato repetitum, si specialiter ab ipso præterito relinquatur.

At quando fideicommissum ab intestato re linquitur, propterea valet etiam existente eodem filio suo præterito: tum, quia expressa nocent, non expressa non nocent, vt in simili ait text. in l. si quis Sempronium, ff. de hæred. instit. etenim, in dicta expressione grauati erat vitium, vt quem in honore præteris, eiusdem recorderis in damno; tum etiam, quia qui generaliter ab intestato fideicommittit, licet filium in testamento prætereat, non

proinde tamen necessariò cogitat, se à filio præterito fideicommissum relinquere: cum dabile, & cogitabile sit, vt propterea ita generaliter fideicommittat ab intestato; vt à quocunque legitimo hærede, vel bonorum possessore (qui tunc extiterit, siue sit suus præteritus, siue eo mortuo quiuis alius) fideicommissum omninò debeatur: ne aliàs ab vna persona, vel gradu specialiter relinquendo corruat, vt inquit l. 1. §. vlt. vbi latissimè glos. verbo, non debere, Bart. & reliqui, ff. de legatis 3. Et ita in his terminis cessat d. l. 2. & locum habent nostræ suprapositæ declarationes.

35 Nec huic † interpretationi obstabunt l. Titia, ad fin. ff. de inoff. testam. & l. patronus liberto, §. vlt. ff. de legatis 3. cum multis similibus ibidem à glos. & Doctoribus congestis: quæ asserunt, fideicommissa etiam generaliter ab intestato repetita, vel relicta, non deberi à filio exhæredato, qui perlata querela obtinuit, rem trahens ad intestati causam.

Enim verò respondetur, speciali quadam ratione procedere in filio exhæredato, quam ibidem I. c. exprimunt, vt patet in d. l. Titia, ibi: *Nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi à demente*. Et in d. §. vlt. ibi: *Quia crederetur, quasi furiosus testamentum facere non potuisse: ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet*. Quæ specialis ratio omninò cessat in testamento iniusto, v.g. ob præteritionem filij. vbi ipsum corruit, non quasi à demente conditum, sed ob non seruatam formam, de qua in l. inter cetera, ff. de liber. & posth. & ita in terminis discrimen notat sui oblita glossa elegans, verbo à demente, in d. l. Titia, vbi Doctores.

Immò, ab speciali ex dictis iuribus concluditur, quod quando fideicommissum ab intestato generaliter relinquitur, & nullus datur verus vel fictus mentis defectus in testatore, (vt videlicet non reperitur in patre prætereunte liberos suos in potestate) tale fideicommissum generaliter relictum, omninò debebitur à filio suo præterito ab intestato succedente; vel etiam ex testamento per contratabulas, vt supra latè ostendimus.

SVMMARIVM.

Agitur de intellectu l. Gallus, §. forsitan, vers. ergo, ff. de liber. & posth. à nu. 1. & verus assignatur. à nu. 6.

Refertur, & reprobatur Æmilij Ferreti emendatio, ad d. vers. ergo, nu. 2.

Litera legum non est facilè emendanda. ibidem.

Dictio, ergo, inducit illationem. ibidem ad fin.

Refertur, & reprobatur emendatio, & interpretatio Antonij Fabri, ad d. vers. nu. 3.

Refertur, & reprobatur emendatio, & expositio Francisci Duareni, ad eundem vers. nu. 4.

Refertur, & reprobatur emendatio, & sensus Iacobi Cuiacij, ad eundem vers. nu. 5.

Per agnationem sui hæredis, quæ oritur ex adoptione, rumpitur testamentum. nu. 7. quod declaratur, nisi adoptatus retro ante fuerit institutus. ibidem.

Adoptio non potest fieri nisi in iam nato. numero 9.

Lex Velleia prospexit ijs casibus, de quibus Gallus Aquilius non cauerat. nu. 10.

Qui generali Galli formula vtitur, securè testatur, ob iuuamen legis Velleiæ. ibidem.

Etiam, qui est in patris potestate potest adoptari in diuersum gradum. nu. 11.

Reprobatur Hispanus Pichardo, qui contra putabat. ibidem.

Ille, qui in potestate est, & in certo gradu, non potest adoptari in eodem gradu, sub diuersa qualitate, v.g. nepos quasi ex altero filio, num. 12. & 14.

Explicatur l. paterfamilias, §. qui duos, ff. adoptionibus, d. num. 14.

Qui est in adoptantis potestate, non potest amplius adoptari. nu. 13. & quomodo intelligatur, num. 15.

Explicatur l. qui liberatus, vers. sed si semel, ff. adoptionibus. d. nu. 15.

Adoptatus potest in eadem potestate readoptari in diuersum gradum. ibidem.

Explicatur l. videamus, 4. ff. de in litem iurando, ibi: Pupillus, si pubes est, *à nu. 16.*

Variæ Cassianorum, Proculianorum, & Prisci Iauoleni sententiæ, circa marium pubertatem dignoscendam. nu. 17. & Iustinianus Imp. Proculeios secutus, marium pubertatem in solo decimo quarto ætatis anno statuit. ibidem, & num. 19.

Decisio d. l. videamus, in relatis verbis est correcta, non tamen inutilis, d. nu. 19.

Explicatur l. si dies, 21. ff. quando dies leg. ibi: At si incerta, quasi cum pubes erit, *nu. 20.*

Decisio d. l. si dies, in relato exemplo, iam hodie est correcta, nu. 21.

Latè explicatur l. si quis legata, 54. ff. de cond. & demonstr. à nu. 22.

Clausula vulgaris de prorogandis legatis in annuam, bimam, trimam diem, non pertinet ad legata, quæ in futurum diriguntur. ibidem.

Præfata clausula vulgaris, non pertinet ad legata conditionalia. ibidem.

I.c. Priscus Iauolenus erat ex secta Cassianorum, & putabat, post decimumquartum ætatis annum, esse inspiciendum marem ad cognoscendam pubertatem. nu. 23.

In decimo octauo ætatis anno, omninò concurrebat habitus corporis; & ob id dicebatur plena pubertas. nu. 25.

Qua

Quæ ratio suasit in adoptionibus, vt pater adoptiuus præcedat adoptatum octodecim annis, ibidem.
Ætas octodecim annorum solum considerabatur ad cognoscendam perfectam pubertatem, & potentiam generandi, ibidem.
Explicatur l. eum filiofamilias, 50. vers. ego quidem ff. de legatis 1. n. 26.
Explicatur l. Hæc conditio, 10. §. vlt. ff. de cond. & demonstr. n. 27.
Si quis legat, vel donat alicui, cum pubes erit, qui te stamenti, vel donationis tempore pubes erat, ignorante testatore, vel donatore, statim consequitur legatum, vel donationem, ibidem.
Nulla pubertas à iure consideratur in vigesimoquinto ætatis anno. n. 28.
Minor, vel maior viginti quinque annis, non dicitur impubes, pubesue in dispositione legali, vel statutaria, ibidem.
Explicatur l. impuberibus, 11. ff. de acquir. hæred. ibidem.
Refertur, & reprobatur quædam glossa interpretatio in d. l. impuberibus, ibidem.
Decisio d. l. si quis legata, ff. de cond. & demonstr. adhuc hodie viget. n. 29.
Explicatur l. 1. §. si impuberi, ff. de collat. bonorum à nu. 30. cum seqq.
Emancipatus si vult succedere patri naturali, debet conferre fratribus suis quartam Diui Pij, si iam nata est illius petitio. n. 30.
Proponitur ratio ob quam emancipatus suis eonferebat. n. 31.
Nemo potest esse in duplici potestate patris, ibidem.
Licet emancipatus si in potestate maneret, ob aliquid accidentale impedimentum certa bona acquirere non posset, si tamen ea patri quæsibilia sunt, conferre tenetur. n. 32. cum seqq.
An edictum de collatione bonorum hodie subsistat? remissiuè. n. 33
Emancipatus ea omnia confert, quæ si in potestate patris naturalis acquireret, in patrem transirent. n. 34.

CAPVT IIII.

Ad Scæuolam in l. Gallus, §. forsitan, vers. ergo, ff. de lib. & posthum. & ad Vlp. in l. videamus, 4. ff. de in litem iurando, & ad eundem, in l. 1. §. si impuberi, vers. igitur, ff. de collat. bonor.

1 ITa scribit † Scæuola, lib. 6. quæstionum. *Forsitan addubitet quis, an in istis casibus si nepos post testamentum nascatur viuo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque mortuo patre deinde auo nascatur; an non potuerit hæres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset? quod minimè est expauescendum: hic enim suus hæres nascitur, & post mortem nascitur. Ergo & si pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea viuo filio, atque si ex eo natus esset, adoptatur.*

Obscuritate, & mendis plenissimus reputatur vers. iste, vt videre licet ex ijs, quæ vltra alios tradit Alex. hic, Aretin. Bartholomæus Socin. & alij recentiores: & vnusquisque ad libitum literam corrigit, vt sensum faciat. putant enim impertinens, & omninò ab ijs, quæ I. c. dixerat, alienum, id quod de adoptato hic subdit.

2 Vnde Æmilius Ferretus † hic emendat (*si*) reponendo (*sic*) v. g. *ergo, & sic pronepos*; &c. & postea præponit particulas, *atque si* verbis *viuo filio*, &c. ita vt litera correcta concipiatur. *Ergo, & sic pronepos admittetur, qui natus est ex nepote postea, atque si viuo filio ex eo natus esset adoptatus*, quasi scilicet comparatiuè, ita admittatur pronepos de quo hic, vt adoptatus à testatore loco nepotis, quasi à filio suo, si in forma Galli esset institutus. Quam dispunctionem, transpositionem, & intelligendi modum secutus quondam fuit colendus admodum præceptor meus, eruditissimus D. Rodericus Lopez a Veiga, primarius in iure ciuili interpres, & regius Senator meritissimus.

Ceterum, litera repugnat, nec decet legum interpretes ad ipsarum contextus mutilationem facile prosilire, vbi facultas propria veram interpretationem non suggesserit (nec enim omnia possumus omnes, & aliàs facile iura subuerterentur.) Præsertim, quia tunc potest coniectari incuria typographorum aliquid incongruum obrepisse, quando in vnico verbo vitium inhæserit: non ita in integra periodi conceptione, vt in præsenti.

Accedit, quia licet præposita dispunctio reciperetur: sensus tamen inde coalescens est absonus; non enim subtilissimus Scæuola confert, sed infert, vt patet ibi: ergo, &c.

3 Et ita † etiam abire debet doctissimus Anton. Faber, lib. 9. Coniect. cap. 9. dum vltra emendationem dictionis (*si*) pro (*sic*) quam proximè refellimus: contra fidem omnium codicum, tollit vltimum verbum, *adoptatur*.

4 Deterius † intelligit Fraècisc. Duarenus, vir aliàs emunctæ naris, & acris ingenij, qui falsus nostri vers. obscuritatem; & comparatiuè procedere dicit; & Scæuolam refert ad tit. de adoptionibus: iuxta speciem §. & tam filium. Inst. de adoptionibus; quasi principaliter intendat, pronepotem, de quo hic, posse adoptari à proauo suo in locum nepotis. Id namque omninò peregrinum ab intentione Scæuolæ

apertè liquet; qui ex decisione præcedenti, & ad ipsius confirmationem, prædictam illationem collegerit: & secundum hanc interpretationem nihil commune, ac connexum habent inter se.

5 Omnium † deterrimè intelligit Cuiacius hic, (pace dixerim viri de legali doctrina sat benè meriti) dum ita legit: *Ergo & nepos omittetur*; &c. quasi velit I.c. quod quamuis nepos omissus, ac præteritus sit, si tamen moriatur viuo patre (filio videlicet testatoris) pronepos ex illo nepote natus, eius locum obtinebit, & quasi nepos assumetur: nam hic intellectus literam enormiter lædit, sensumque aufert; In primis, quia verbum (*admittetur*) & consequẽter, quod illius loco reponit (*omittetur*), influit in pronepotem, non vero in nepotem: & ita text. magis tunc loqueretur de pronepote præterito, seu omisso, quam de nepote: & necessaria esset alia correctio. Deinde text. loquitur de vera adopotione, vt inferius apertè ostẽdemus: quod Cuiacius de submissione in locũ alterius accipit; quam lex dumtaxat in legitima successione admittit, §. cum filius, Inst. de hæred. quæ ab intest. non ita in testamentaria, in qua quilibet descendens requirit peculiarem testatoris dispositionem; aliàs agnascẽdo, vel quasi agnascendo testamentum rumpent, §. posthumi, & §. posthumorum, Inst. de exhæred. lib. cum similibus. Omitto, quod Secundum hanc Cuiacij inuersionem, insulsa manet illatio, & indigna Scæuolæ ingenio, quod in Aquilianæ formulæ, ac legis Velleiæ interpretatione peculiariter emicuit.

Itaque eo miseriarum deuentum est, in huius vers. expositione, vt in mentem iam non veniat vllius interpretis; an illæsus sensum faciat, sed an correctus sustineri possit?

6 Me olim, adolescens † cum essem, & sub præceptoribus agens, puduit à iuris coriphæis Scæuolam ita miserè lacerari, & dilaniatum (quod peius erat) non sibi solitos sonos edere: conanti igitur eum liberare ab interpretum potius, quam typographorum incuria, non iuuenilis ardor, sed bene fundata iuris prudentia suasit, quæ ingeniosissimi Scæuolæ mentem eleganter aperit, dum ex præcedentibus infert ad nostrum vers. ergo.

Prædixerat I. c. quod si quis instituto filio, deinceps ceteros instituat in forma Galli Aquilij, & ex nepote sit pronepos conceptus, quod iste mortuo patre, deinde auo, & tandem proauo, suus hæres nascitur, nec testamentum rũpet, vtpote benè institutus iuxta Galli formulam, reddit rationem I.c. ibi: *Hic enim suus hæres nascitur, & post mortem nascitur*; in quibus terminis Aquilius loquebatur, vt patet in l. Gallus, in princip.

Infert ergo Scæuola in nostro vers. ergo, quod, adeo verum est, dictum pronepotem non rumpere testamentum, immò, esse rectè institutum in generali Galli formula (suadente intentione legis Velleiæ, quæ testamentorũ indemnitati prospexit); vt si idemmet pronepos (iam patre, scilicet nepote mortuo) à proauo postea adoptetur in locum nepotis, quasi ex filio (eodem postea filio de medio sublato) testamentum adhuc non rumpet.

7 Ratio † dubitandi erat: quia cum per adoptionem, vtpote agnationem sui hæredis testamentũ antea conditum rũpatur, l. verũ, aliàs. l. certum, 8. ff. de iniusto, rupto, cum similibus; sequi videbatur præfatum pronepotẽ adoptatũ proaui testamẽtũ rupturũ. Verũ, quia hæc regula non procedebat, quando adoptatus, retro ante fuisset institutus, vt explicat I. c. in l. filio quẽ pater, §. vlt, ff. de liber. & posth. l. antepenult. ff. de iniusto, rupto, ingeniosissimè de more infert Scæuola in nostro vers. ergo, propterea pronepotem, de quo loquitur, si adoptetur in locum nepotis, non rupturum proauitum testamentum; quia antea probauerat rectè fuisse institutum.

8 Et hæc † nisi maximè fallor, est Scæuolæ mens, & secundum iuris regulas ritè, & rectè deducta consequentia: quæ quidem clarius apparet, si verbum, *si*, referas ad verbum, *postea*; ita vt sit sensus: *ergo & pronepos admittetur, qui ex nepote natus erit, si postea viuo filio, atque si ex eo natus eßet, adoptatur*. Quæ quidem interpretatio tanto magis recipienda est, quanto apertius constat Scæuolam in tota l. Gallus, cum suis §§. obscuritatibus ex industria inhiasse.

9 Illud † obiter aduerte, quod quando noster vers. ergo, meminit pronepotis à proauo adoptato; intelligit pronepotem iam natum ad effectum adoptionis, vt aliàs requirit text. in l. post mortem, vers. vlt. ff. de adoptionibus. & ita cessat obiectio Doctorũ, de quibus hic, vt notatur per Bartholom. Socin. nu. 1.

10 Verum † obstat, quod noster §. forsitan, in principio, loquitur de formula Galli, vt patet ex §. nunc de lege. infra eadem, l. & consequẽter noster vers. ergo, procedere videtur in formula Galli. At pronepos si viuo proauo nascebatur, vt ita adoptari posset iuxta supradicta; iam secundum formulam Aquilianam cessabat institutio, & necessaria erat Velleiana; vt patet ex d. §. nunc de lege, ergo, &c.

Pro responsione aduerte, quod lex Velleia introducta est, ad supplendam prouisionem Aquilianam in fauorem testamentorum, vt notant omnes, in d. §. nunc de lege, & in §. posthumorum, per text. ibi: Inst. de exhæred. liberorũ: & ita qui simpliciter vtitur Galli formula,

securè

securè testatur; quia casum, cui Gallus specialiter non prospexit, supplet Velleia.

Hoc supposito, inquit Scævola in nostro vers. ergo, quod cum testator (de quo in principio text.) generali formula Galli visus fuerit, quo casu securè testatur, & instituit, propter suppletionem Velleiæ: si postea adoptet, quem antea generaliter ex Galli formula instituerat, hunc quasi agnatione sui hæredis non ruptum testamentum: quia manet rectè institutus: nam licet tunc institutio sustineatur ex suppletione Velleiæ legis, formula tamen, qua testator visus fuerat, Aquiliana erat. Quod manifestè suadetur ex mente I. c. hic, quæ tota est, ostendere Galli formulam generalem, esse sufficientem, vt vel per se, vel per suppletionem Velleiæ, testamentum incolume seruet. & id satis constat ex tribus §§. præcedentibus, vbi in Galli formula miscet etiã sententiã legis Velleiæ ad testam. securitatem inducendam.

11 Ex quibus † infertur, posse etiam adoptari filium, qui alias est in potestate: nam adoptio nõ solum introducta est, vt potestatem patriam quis acquirat, sed & vt liberos, vt euenit in terminis §. sed & illud, Inst. de adoptionibus, iuncta glossa ibidem, verbo, omissorum, ad finẽ, quam Doctores communiter sequuntur, vbi feminæ aliquando adoptare permittitur, cum nec adoptatum, nec generaliter liberos in potestate habere possit, & ex §. sed hodie, Inst. eodem, & ex l. cum in adoptiuis, C. eodem. vbi datur generalis adoptio, citra translationem patriæ potestatis, vel etiam gradum liberorũ. Atque ita in terminis, in quibus aliàs quem in potestate habemus, adoptio operabitur mutationem gradus, vt qui antea nepos, vel pronepos erat, maneat in loco filij, vel nepotis, vt expressit aliàs Vlp. in l. 3. §. si filium, ff. de bon. poss. contra tabul. ibi: *Si filium habens, & ex eo nepotem, si in locum filij nepotem adoptauero, ambo admittentur*; &c. Vnde obiter cauebis ab Hispano Pichardo, in Rubr. Inst. de adoptionibus, qui definiens adoptionem, requirebat omninò, ne adoptatus antea in potestate fuisset, in quo loquitur contra expressum text. nostrum, & in d. §. si filium.

12 Sed huic † illationi obstat Primò Vlp. in l. paterfamilias, §. qui duos, ff. de adoptionibus, ibi: *Qui duos filios, & ex altero eorum nepotem habet, si vult eum nepotem, quasi ex altero natum sic adoptare, potest hoc efficere: si eum emancipauerit, & sic adoptare, quasi ex altero natum*; &c. vbi in liberis, qui sunt in potestate, denegat adoptionem, nisi prius exeant potestate.

13 Deinde † obstat idem Vlp. in l. qui liberatus, vers. sed semel, ff. de adoptionibus, dum inquit: *Sed si semel fuerit adoptatus amplius adoptari non potest*; & in principio dixit, quod qui in potestate esse desijt, adoptari pôt. sic innuens, qđ non nisi patria potestas per adoptione tribuitur, qua cessãte, cessare quoq; adoptio dẽret.

14 Quibus † non obstantibus, securè permanet præposita resolutio; & quod attinet ad Vlp. in d. §. qui duos, propterea denegat adoptionem in terminis, de quibus ibi, quia quoad adoptantem (qui auus erat) nihil operaretur: semper enim adoptatus in eodem nepotis gradu permanebat. Ex dictis autem constat, quod adoptio respectu adoptantis debet aliquid operari, vel in potestate, vel in gradu liberorum; quorum neutrum hic operari valuit, & propterea non recipitur. Vnde nihil mirum, quod prærequiratur emancipatio, vt tunc, & gradum, & potestatem reassumãt cum consecutiua qualitate, quam auus optabat, vt videlicet potius sit nepos ex vno, quam ex altero filio.

15 Ad Vlp. † tandem in d. vers. sed si semel, (omittendo brocardicam solationem, videlicet, quod duplex fictio non debet admitti, iuxta prauè intellectam l. 1. C. de dotis promissione) respondeo, mentem Vlpiani eò tantum tẽdere, vt sicut sublata patria potestas amplius iustè nõ reuertitur: ita etiam per adoptionem quæsita, amplius quæri non potest. non tamen denegat, quod si non agamus de quærenda per dispositionem patria potestate, sed potius de mutando gradu, id nequeat fieri in adoptato: immo ex dictis resoluendum est, adoptatum in locum nepotis, posse iterum readoptari in locũ filij, sine solutione patriæ potestatis.

Ad Vlpian. in l. videamus, 4. ff. de in litem iurando.



16 VBi ita scribit: † *Videamus in tutelari causa, quis iurare, & aduersus quem possit; & quidem ipse pupillus, si impubes est, non potest*; &c. Mirũ est, quod innuit Vlp. posse pupillum in litem iurare, si pubes sit; quasi pubertas in pupillari ætate aduenire possit: cum pubertas decimoquarto anno completo emergat, princip. Inst. quibus modis tut. fin. quo tempore quis pupillus esse desinit. l. vlt. C. quando tutores, vel curatores.

Accurt. in præsenti. verb. impubes, explicat dictionẽ (*si*) id est, quia vt ita obiectionẽ euitet. Verum absona est, & præpostera expositio.

17 Pro interpretatione † aduerte, olim circa pubertatẽ marium dignoscendam inter iurisprudentes nimis variatum esse, vt innuit Imp. in d. princip. Inst. quibus modis tut. fin. nam Cassiani (qui authorem Cassium sequebantur)

puberem esse dicebant, qui habitu corporis apparet. Proculeij autem (qui Proculum sequebantur) eum, qui quatuordecim annos expleuit, de qua duplici secta, meminit Pompon. in l. 2. vers. vlt. ff. de origine iuris, & in proposito Vlp. in fragmentis, tit. 11. de tutelis, §. vlt. vbi tandem subiungit I.c. Priscum in ea fuisse opinione, vt ad pubertatem vtrumque debeat concurrere, & habitus corporis, & numerus annorum, quod quondam obtinuisse testatur Cuiac. in l. minor 25. annis adito, vers. vlt. verbo, decreto, ff. de minoribus. Has tamen marium inhonestas inspectiones secutus Proculeios, sustulit Iustinian. in l. vlt. C. quando tutores, vel curat. esse desin. & in d. princip. Inst. quibus modis tut. fin. notat Lusitanus Costa, in c. si pater, verbo impuberes, num. 6.

18 Ex quibus † constat Vlp. viguisse eo tempore, quo pudendæ illæ inspectiones in viridi erant obseruantia, & consequenter apparet mens ipsius in nostra l. videamus, vt videlicet pupillus, si inspectus impubes apparet, in litem iurare non possit; quia adhuc in eo, & imperfecta ætas, & imperfectum iudicium reperitur, è contrario sentiens, quod si pubes appareat, iurare possit; quasi iam sit perfecti iudicij, cum generare queat, secundum Cassianos, vt in d. tit. 11. §. vlt.

19 Cum autem † iam hodie marium pubertas solo decimo quarto ætatis anno, & non ante aduenire credatur sublata pudibunda corporis inspectione, d. l. vlt. C. quando tut. vel cur. esse desin. cessabit declaratio Vlp. in d. l. videamus. ibi: *Si impubes est.* vt videlicet pupillus in causa tutelari indistinctè iurare in litem nequeat; nec proinde manebit inutilis decisio Vlpiani in præsenti; adhuc enim probat, quod pubes in causa tutelari in litem iurare potest; quamuis pubertatem per recentiores constitutiones metiamur, quod à fortiori probat, quia si olim pupillus, si ex habitu corporis pubes apparebat, iurare poterat; quanto magis nūc poterit ille, qui decimumquartum annum expleuit.

20 Hinc † non iniucundo excessu colliges spiritum Iul. Pauli. qui aliter intelligi nequit, in l. si dies, 21. ff. quando dies legati cedit. ibi: *At si incerta, quasi cum pubes erit, cum in familiam nupserit, cum magistratum inierit; nisi tempus, conditione obtigit; neque res pertinere, neque dies legati cedere potest.* vbi diem pubertatis vocat incertam; cum tamen certum sit decimo quarto anno expleto marium pubertatem iuris cēsura aduenire d. l. vlt. C. quando tutores, vel curator. esse desin.

Verum cum ætate I.c. Pauli viguerint prædictæ inspectiones, per quas dignoscebatur pubertas, non attenta simplici certorum annorū consideratione, secundum Cassianos, vel priscum, vt refert Vlp. in fragm. d. tit. 11. §. vlt. (qui simul cum Paulo floruit) nihil mirum, quod in d. l. si dies, dicat, incertum esse, quando quis pubes futurus sit, & cum dies sit incertus, pro conditione habetur, l. dies incertus. ff. de cond. & demōstr. & consequenter ante eius aduentum dies non cedit.

21 Ceterum † hæc Pauli decisio diruto iam fundamento corruit, quoad exemplum pubertatis: nam cum secundum Proculianorum sententiam Iustinianus definierit tempus pubertatis in decimo quarto ætatis anno in masculis, l. vlt. C. quando tutores, vel curatores esse desin. qui legauerit in tempus pubertatis, legat in diem certam: & consequenter statim dies cedet, iuxta regulam, quam tradit idem Paul. in d. l. si dies, in princip.

22 Nec huic † resolutioni obstat Iauolenus in l. si quis legata, 54. ff. de condit. & demonstr. ibi: *Diesque pubertatis habet aliquam temporis demonstrationem*, &c. atque ita videtur innuere non habere incertam diem, quæ pro conditione est; contra Iul. Paulum, in d. l. si dies, & nostram suprapositam resolutionem. Immo & d. l. si quis legata, nonnullam habet difficultatem in eo, quod iam tunc circa pubertatem, temporis demonstrationem dari assignat, cum id Proculianorum secta dictaret, cuius in iure nullibi sit approbatio, ante nouā constitutionem Iustiniani in d. l. vlt. C. quando tutores, vel curat.

Nam vt Iauoleni mens appareat, quæ nequaquam supradictis refragatur, illius verba subiungo, inquit ille: *Si quis legata, quibus dies apposita non esset, annua, bima, trima die dari iussit, & alicui, cum pubes esset pecuniam legauit, id quoque legatum annua, bima, trima die post pubertatem præstandum esse, in commentariis Gaij scriptum est: quia magis conditio, quam dies legato adiecta esset; Contra ego sentio, quia fere dies ponitur ad proroganda ea, quæ ad præsens tempus, non etiam, quæ in futurum legata sunt, diesque pubertatis habet aliquam temporis demonstrationem.*

Ex quibus verbis colligo in primis, quod Iauolenus non dixit, legatum, *cum pubes erit*, habere diem certam; ita vt denegaret rationem conditionis, quam Paul. I. c. considerabat in d. l. si dies, vt etiam aduertit glos. hic. verb. demonstrationem. Sed tantum asseruit, esse legatum, quod non ad præsens, sed in futurum dirigitur: & clausulam vulgarem, de qua ibi agit, non ad ea, quæ suapte natura, & ex dispositione iuris in futurum tendūt, sed ad ea, quæ præsentia sunt, pertinere. Nec replicet quis, quod Iauolenus ibidem reprobat Caium I. c. qui existimabat in dicta specie non

non esse diem, sed conditionem, id est, non esse diem certam, sed incertam: nam si bene attendatur, non ratio, sed resolutio Caij reprobatur, dum putabat, præfatum legatum esse prorogandum in annuam, bimam, trimam diem post pubertatem: nam licet ratio, quã Caius adducebat, admittatur, adhuc opinionem ipsius non suadebat, vt aperte ostendit Vlp. in l. talis scriptura, 30. vers. sed & si sub conditione. ff. de legatis 1. vbi deciditur, clausulam vulgarem prorogatiuam legatorum non pertinere ad legata conditionalia; intendit igitur Iauolenus in d. l. si quis legata, quod licet legatum, *cum pubes erit*, contineat incertam diẽ, & consequenter quasi conditionem, nihilominus tamen etiam contineret aliquam temporis demonstrationem: quod vt amplius patefiat,

23 Aduerto † deinde Iauolenum I.c. esse illũ, quem Priscum vocat Pomponius, in l. 2. vers. vlt. ff. de origine iuris. Hic autem Priscus Iauolenus in ea erat opinione, vt quoad dignoscendam pubertatem, & numerum annorum, & habitum corporis concurrere debere existimaret, vt specialiter de eo loquens meminit Vlp. in fragm. tit. 11. §. vlt. Iacob. Cuiac. in l. minor 25. annis adito, vers. verb. decreto. ff. de minoribus. nam in secta Cassianus erat, vt patet ex d. l. 2. vers. vlt. & ex epigraphe d. l. si quis legata, vbi ita scribitur. *Iauolenus, lib. 2. ex Cassio*; & propterea ad pubertatem requirebat habitum corporis; id tamen vltra addebat, vt inspiciendus decimum quartum ætatis annum exeurreret, vt aliàs notat Lusitanus Costa, in cap. si pater, 1. parte, verb. impuberes, nu. 6. de testam. in 6.

24 Ex † quibus mens Iauoleni est in d. l. si quis legata, quod legatum, *cum pubes erit*, habet etiam aliquam temporis in futurum demonstrationem: quia videlicet, non ante decimũ quartum annum inspectionem pubertatis fie-
25 ri opinabatur. Vel † etiam propterea dicit, diem pubertatis habere aliquam temporis demonstrationem, quia in ijs, qui tardius pubescebant, habitus corporis in decimo octauo anno omnino concurrebat, vt aduertit Theophilus in §. minorem, Inst. de adopt. notat aliàs Iul. Paul. lib. 3. sentent. tit. 4. §. 1. & insignis Costa. in d. verb. impuberes, nu. 3. quæ ob id dicebatur plena pubertas, vt in l. arrogato, §. 1. ff. de adopt. & in d. §. minorem, quæ quidem solum considerabatur ad effectũ, vt constaret de vero habitu corporis, qui ad generandum requiritur, quod speciali quadã ratione attenditur in adoptionibus, quæ intro ductæ sunt ad imitationem naturæ in ratione generandi, & propterea tempus plenæ pubertatis requiritur in adoptando, vt verè constitisset de pubertate, & vera potentia generandi, & quod ad hunc tantum effectum consideretur illa ætas octodecim annorum, probatur ab Vlp. in l. Meia, 14 in princip. ff. de aliment. & eibar. leg. ibi. *Vt pueri vsque ad decimum octauum, puellæ vsque ad quartum decimum alantur*; &c. iunctis illis: *Sed & si generaliter pubertas non sic definitur; tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus ætatis esse obseruandum, non est incinile*; &c. constat itaque pubertatem etiam attento tempore, quo & habitu corporis considerabatur; aliquam temporis demonstrationem habere; quia quoad hunc affectum, decimus octauus annus erat vltimus omnino terminus, vt adueniret.

26 Et hinc † obiter colliges mentem Vlp. in l. cum filiofam. 50. vers. ego quidem, ff. de legatis. 1. vbi legato relicto, *cum pubes erit*, quãdo testator sciebat legatarium esse puberem; non dubitauit, an de plena pubertate octodecim annorum sit intelligendus testator: sed simpliciter resoluit, intelligendum de ætate, quæ restitutione caret, id est, 25. annorum, tacite sentiens I. c. pubertatem, quæ in decimo octauo consistit, non attendi, nisi quando sumus in dubio, an quis verè pubes sit, & generare possit, vt supra proxime probauimus. At quando constat legatarium esse puberem, quãuis nõdum egressus fuerit decimum quintum, ex coniecturata mente defuncti legatum intelligetur de vigesimo quinto anno quasi sentiat de ætate gubernatrice bonorum.

27 Insuper, nec † etiam ad ætatem, quæ restitutione caret, id est, vigesimum quintum habebitur respectus: nisi quando aperte constiterit, testatorem, donatorem, vel similem disponentem sciuisse, legatarium, vel donatarium esse puberem, testamenti, vel donationis tempore. Alioquin si ignoret, & legatarius, vel donatarius iam pubes sit, non protendetur legatum, vel donatio in vigesimum quintum ætatis annum, sed statim debebitur, vt eleganter docet Vlp. in l. hæc conditio, 10. §. vlt. ff. de cond. & demonstr. ibi: *Et ignorante testatore nauis venerit testamenti facti tempore, dicendum pro impleta haberi, & si cui sic legatum est, cum pubes erit, simili modo hoc erit dicendũ*. in quo responso Vlpianus declarat, quod dixerat in d. l. cum filiofam. vers. ego quidem. quod coniector ex eo, quia in vtraque lege inscribitur Vlp. lib. 23. ad Sabinum, vt apparet ex epigraphe. Vnde etiam colligitur, quod si testator non ignoret legatarium esse puberem, faciendam fore interpretationem ex d. l. cum filiofam. vers. ego quidem, vt optime aliàs aduertit noster Lusitanus Costa, in cap. si pater, 1. parte, verb. impuberes, num. 5. de testam. in 6.

Hæc

28 Hæc autem † ætas vigintiquinque annorũ, nihil commune habet cum vera pubertate (licet Doctores eam plenissimam vocent) quia vt supra notauimus, plena pubertas erat vltimus terminus impuberum: & ideo Vlp. in d. l. cum filiofam. vers. ego quidem, ff. legatis, 1. in terminis, de quibus vbi, non dicit, testatorem intellexisse de plenissima pubertate, sed de ætate, quæ restitutione caret: quasi testator rudi modo pubertatem referat ad ætatem maturam, & administratricem bonorum. Simpliciter tamen loquendo, & separata mente testatorum, minor, vel maior 25. annis non dicitur impubes, pubesue, quasi in hac ætate sit terminus aliquis pubertatis, vt exemplificari potest in dispositione legali, vel statutaria, & ita tex. in l. impuberibus, 11. ff. de acquir. hæred. dũ omnimodo permittit ex edicto prætorio abstensionẽ liberis impuberibus; intelligitur de veris impuberibus (qui hodie non explerunt decimum quartum ætatis annũ: vel olim inspecti puberes non apparebant, vt supra notauimus) qui licet soli se immisceant, nihil agunt quoad effectum abstinendi, vt ibidem intelligit glossa, in princip. communiter recepta. Quod tamen ipsa subiungit, impuberes, puberesue posse etiam dici, qui minores, maioresue sunt 25. annis, inexcusabiliter dicit, vt ibidem notat Alex. nu. 2. quia interpretatio hæc non potest adhiberi dispositionibus legalibus, & statutarijs, quæ proprie, & in vero sensu iuris loquuntur, & accipi debent, præsertim, quia ipsa glossa, verb. plena, in l. arrogato. §. 1. ff. de adoptionibus, plenissimam pubertatem vocauerit illam, quæ in decimo octauo consistit. vnde manet inutilis excusatio, quam noster Costa, d. verb. impuberes, nu. 5. pro glossa adducebat, cum ipsam non liberet in terminis de quibus loquitur, Illud noto, quod maiores viginti quinque annis bene possunt vocari puberes, non quia egressi sunt 25. annos, sed quia excesserunt decimum quartum, & ita intelligitur, l. si furioso puberi, ff. de curat. furioso. &c. si tamen pubes simpliciter à lege vocetur, non qui 25. sed 14. annum excedit, vocatur.

29 Illud tandem † notabis, quod decisio l. si quis legata, 54. ff. de cond. & demonstr. quam supra fuimus interpretati: hodie a fortiori locum obtinet: nam si legatum, *cum pubes erit*, iam olim non prorogabatur ex vulgari clausula, *annua, bima, trima, die*, quia aliquam habebat temporis demonstrationem, quanto magis nunc obtinebit, quia iam certam omninò habet temporis deffinitionem, videlicet, quatuordecim annorum in masculis, l. vlt. C. quando tutores, vel curatores esse desin.

30 Ad † Vlp. in l. 1. §. si impuberi, vers. igitur. ff. de collat. bonorum, vbi ita scribit: *Igitur etiam de quarta conferenda cauere eum oportebat: sed hoc ita demum, si iam nata est quartæ petitio*; &c. ex quibus manifeste colligitur, emãcipatum volentem succedere patri naturali cũ fratribus suis hæredibus, teneri ad collationẽ quartæ Diui Pij, quam meruit in potestate patris arrogatoris per illius emancipationem; vel cauere de illa, si iam nata est quartæ petitio. Omitto quod dicit circa excludendam collationem dictæ quartæ, dum adhuc nata non esset eiusdem petitio, de quo latè Lusitanus noster subtilis a Costa in repet. l. qui duos. §. cum in bello, verb. postea mortui, n. 3. ff. de rebus dubijs.

31 Insistendo † tantum in terminis, in quibus Vlp. admittit collationem, contra illum moueo non vulgarem dubitationem: nam certum est collationem bonorum in emancipato introductam esse à prætore propter iniuriam, quam suis faciebat, dum concurrens cũ illis, ipsorum portiones minuebat, l. 1. in princip. ff. de collat. bon. latè comprobat ex pluribus, quos refert Lusitanus Aluar. Vallasc. Senator regius meritissimus, in praxi partitionũ & collat. cap. 12. nu. 13. hæc autem iniuria in eo cernebatur, quia si in potestate mansisset, omnia patri quæreret, & post ipsius mortem inter fratres diuiderentur, vt eleganter notat noster Costa. in repet. §. & quid si tantum, 3. parte. nu. 229. cum seq. quæ omnia in vniuersum ita diffinit noster Vlp. in d. l. 1. §. toties, dum inquit: *Toties igitur collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interuentu emancipati*. &c. At filius emancipatus arrogatus in acquisitione quartæ Diui Pij non collatæ, nullam iniuriam, nec damnum irrogat filio in potestate patris naturalis manenti; quia si & ipse in potestate mansisset, talia bona patri non quæreret (nec enim sub duorum patrum potestate esse poterat, & duobus simul succedere §. at hi, & §. eadem hæc. Inst. de hæredit. quæ ab intest. def.) nec consequenter fratribus essent communicanda, ergo eadem bona emancipatus conferre nõtenebitur. ex eo quod cesset ratio inducendę collationis, & innuit d. §. toties. ibi, *ceterum si non est; collatio cessabat*. vbi cessante damno sui hæredis, cessat collatio.

32 Ceterum † pro solutione huius exquisiti dubij, in defensionem Vlpiani excogito, quod ad effectum, ne censeatur iniuria facta filio in potestate, & consequenter cesset collatio bonorum emancipati; opus est, vt bona illa, quę emancipatus acquirit, (non quidem quod non potuissent in potestate acquiri ob aliquod accidentale impedimentum) sed dato ex suppositione, quod a filio in potestate quærerentur,

patris

patris emolumento non cederent. constat autem, quod etsi quarta Diui Pij non possit acquiri quoad originem sub potestate patris naturalis, propter repugnantiam, quæ per accidens contingit: si tamen (per impossibile) acquiri potuisset, in patrem transiret; quia quoad patriam acquisitionem nullum tunc datur impedimentum, siue ex natura bonorum, siue ex parte potestatis patriæ.

33 Maneat † igitur, quod attento illo tempore, quo ob iniuriam, quam suis facit emancipatus, collationi bonorum locus erat, (quam adhuc hodie vigere tenet Corneus. in l. si emãcipati, num. 11. C. de collationibus, vbi glos. verb. venientem, quod sibi non displicere annuit noster Costa, in d. §. & quid si tantum, 3. parte, nu. 230. ad effectum, de quo egerat, nu. 228. quamuis communis, ac receptior sententia sit in contrarium, vt per Scribẽtes in d. l. si emancipati. plures refert Costa, d. nu. 230. ad fin. qui de receptiori testatur) emancipatũ teneri conferre etiam ea bona, quæ in potestate patris acquirere non poterat ob aliquod accidentale impedimentum; si eadem bona suapte natura patri acquisibilia essent, si per filiũ quærerentur. Atque ita, ea tantum bona non esse conferenda ab emancipato, quæ si in potestate patria acquireret, in ipsum non traduceret ex natura bonorum, vt sunt castrensia, vel quasi, nostra l. 1. §. nec castrense, & aduentitia, postquam quoad proprietatem cœperũt patriam acquisitionem effugere, l. vlt. C. de collationibus. Si verò eadem bona suapte natura patri quæsibilia essent, & dumtaxat per accidens actualis potestas patria impediret, tunc eorum collationi locus erit, & sic procedit d. §. si impuberi.

34 Vel † generalius regulam constitue ex mente Vlp. in nostro §. si impuberi, videlicet, oĩa bona emancipatum fratribus collaturum, quę si in potestate acquireret, ad patrem transire debuerant. At si possibilis esset acquisitio quartæ Diui Pij sub patris naturalis potestate, in ipsum transiret, ergo eam extra potestatem acquirens conferre debet: quia accidentalis repugnantia non debet prodesse emancipato in inuidiam suorum.

SVMMARIVM.

Vtrum in terminis l. vter ex fratribus, & l. qui ex fratribus, ff. de cõd. instit. si fratres noluerint consobrinã nubere ad hæreditatem admitti possint? proponitur affirmatiua a nu. 3. contraria defenditur à nu. 5.

Qui ita instituit, vter ex fratribus meis Titiam duxerit vxorem, sit hæres in dodrante: qui non duxerit, ex quadrante, si illa nolit, æqualiter admittuntur, quasi conditionem implessent. d. num. 1.

Æqualiter etiam admittuntur, quando Titia mortua est re integra, ex tacita voluntate testatoris. nu. 2. & vide omnino, nu. 12.

Conditio, si nupserit, deficit per mortem eius, cum quo erat implenda, nu. 3. limitatur. nu. 12. & nu. 14. & nu. 15.

As aliquando cogitur ad semissem. nu. 4. quod declara. nu. 17. ad fin.

Nemo potest renuere nuptias consobrinæ, consobrinæ, tanquam turpes. num. 5.

Explicatur l. 2. §. si quis ita, ff. de bon. poss. secund. tab. nu. 6.

Bonorum possessio facti, qua conceditus instituto sub conditione, vt locum habeat, debet esse certa portionis. ibidem.

Explicatur l. quoties, 9. § si quis ita dixerit. ff. de hæred. instit. nu. 7.

Explicatur d. l. vter ex fratribus, 23. vers. si neuter. ff. de cond. instit. nu. 8. & nu. 18.

Explicatur l. qui ex fratribus. 24. vers. quia verum, ff. de cond. instit. nu. 10. cum seq.

Hæres debet institui sub certa demonstratione. ibidem.

Dispositio, quæ de rigore iuris corruere debet, si eundem effectum per circuitum obtinet; sustinetur. num. 13.

Si institutio sustinetur ob euitandum circuitum, & hæres scriptus vti velit iuris rigore, vt rem ab intestato habeat, tenetur legatarys ex edicto, si quis omissa, & c. ibidem.

Declaratur l. legatum, 4. C. de cond. insert. num. 14. & 15.

Declarantur simul l. in testamento ita, 31. ante finem. ibidem.

Declaratur l. 1. & l. 2. C. de inst. & substit. ibidem.

In terminis d. l. vter ex fratribus, & d. l. qui ex fratribus. si fratres nubere noluerint, & habeant substitutum sub conditione, si hæredes non erunt, *admittetur omnino substitutus. numero 19.*

Si verò non habeant substitutum, & ab intestato succedant, tenentur omnibus legatarys ex edicto, si quis omissa, *& c. nu. 20.*

Explicatur remissiue l. 1. §. qui sub conditione, ff. si quis omissa causa. ibidem.

Tentatur, fratres nolentes nubere in terminis d. l. vter. & ab intestato succedentes, fore cogendos, vt nubant, aut vt a legitima successione recedant tanquam indigni. nu. 21.

Explicatur obiter l. si quis sub conditione. 8. ff. si quis omissa. ibidem.

Filius institutus sub conditione potestatiua, si culpa sua non impleat, etiam ab intestato remouetur. ibidem.

CA-

CAPVT V.

Vtrum in terminis l. vter ex fratribus. 23. & l. qui ex fratribus. 24. ff. de condit. instit. si fratres testatoris noluerint Titiæ consobrinæ nubere, ad hæreditatem admitti possint?

1 IN hac materia † quoad casum non secutarum nuptiarum tres species discerni possunt. Prima, quando ipsa consobrina fratribus testatoris nubere noluit. Secunda, quãdo nec per ipsam, nec per ipsos stetit, quominus nuptiæ contraherentur, videlicet, quando ipsa mortua est. Tertia tandem, quando per ipsos stetit, quia vterque nubere noluit, in qua procedit nostra quæstio.

Primam speciem determinat I. c. Marcellus, in d. l. vter ex fratribus, 23. ff. de cõd. instit. vbi ita scribit: *Vter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit vxorem ex dodrante, qui non duxerit ex quadrante, hæres esto, aut nubit alteri, aut non vult nubere, consobrinam, qui ex his duxerit vxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans. Si neuter eam duxerit vxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia ipsa nubere noluerit: ambo in partes æquales admittuntur. Plerumque enim hæc conditio, si vxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det, aut faciat*; & ita ibidem notat glos. & Doctores. consentit l. 1. & l. 2. C. de instit. & substit. vbi glos. & DD.

2 Secundam † speciem diffinit Papinianus, in d. l. qui ex fratribus, 24. ff. de cond. instit. ibi: *Viuo testatore consobrina defuncta, ambo ad hæreditatem venientes, semisses habebunt, quia verum est eos hæredes institutos, sed emolumento portionum, euentu nuptiarum discretos*. consentit. l. 2. §. si quis ita, ff. de bonorum poss. secund. tab. notat glos. verb. æquales. in d. l. vter ex fratribus, & sequuntur reliqui, cui tamen obstat l. legatum. C. de cond. infert. & l. in testamento ita, 31. ante fin. ff. de cond. & demonstr. quibus tamen infra satisfacies.

3 In † tertia, quando scilicet testatoris fratres consobrinam ducere noluerunt, non modica difficultas versatur; nam admittendos esse fratres, quamuis per illos steterit, tenuit antiquus glossator Ioannes, quem refert, & sequitur glos. verb. æquales, in d. l. vter ex fratribus, & communiter Doctores, ac nouissime colẽdus præceptor meus Rodericus Lopez a Veiga Lusitanus primarius olim Conimbricensis in iure Cæsareo professor. quorũm sententia sequentibus fundamentis roboratur.

Primò, quia fratres isti, in quocunque euẽtu sunt instituti, & sub conditione tantum sunt partes discretæ: atque ita si neuter velit ducere, pro æquis sunt admittendi, vt comprobare videtur d. l. qui ex fratribus, ibi: *Quia verum est eos hæredes institutos, sed emolumento portionum, euentu nuptiarum discretos*.

Alioquin, nisi simpliciter, & in quocumque euentu essent instituti (quamuis per illos stetisset) mortua consobrina re integra ad successionem testamentariam non admitterentur, quod ego pro communi considero, per text. in l. legatum, 4. C. de cond. infert. vbi Imp. ita constituit: *Legatum seu fideicommissum à patruo tuo relictum tibi sub conditione si filio eius nupsisses: cum mortuo filio priusquam eum eo contraheres, conditio defecerit: nulla ratione deberi tibi existimas.* Conspirat I. c. Africanus in l. in testamento ita erat, 31. ante finem, ff. de cond. & demonstr. tradit Lusitanus Costa, in repetit. §. si arbitratu. 6. limitat. nu. 14. Hispanus Molina, lib. 2. de primogen. cap. 13. num. 23. ergo si fratres in terminis d. l. qui ex fratribus non essent simpliciter, & in omnem euentum instituti, nequaquam ad hæreditatem admitterentur mortua Titia consobrina.

4 Deinde, quia † cum testator eum ex fratribus in quadrante instituerit, qui consobrinam vxorem non duxerit, siue quia ipse, siue quia illa noluit, d. l. vter ex fratribus, ibi: *Qui non duxerit, in quadrante*; &c. nihil contra testatoris voluntatem fieri videtur; si quisque vltra tres hæreditatis vncias non recipiat, & æqualiter admittatur, adhuc enim tota hæreditas ad illos deferetur, coacta assis distributione, quasi totus sit in semisse, l. interdum, §. 1. ff. de hæred. instit. vel illis accresceret, iuxta l. 3. ad finem. C. de milit. testam. l. vnic. C. quando non petent. part.

Tandem non videtur obstare text. in l. vter ex fratribus, ibi: *Non quia ipsi ducere noluerunt*; &c. expendere enim videtur I. c. voluntatem fratrum, non ad eum effectum, vt æqualiter, vel inæqualiter admittantur: sed ad effectum, vt videlicet admittantur ex capite, quasi impletæ conditionis.

5 Verum † mihi in puncto iuris contrarium verius videtur, immo dictos fratres non fore admittendos, si per vtrumque steterit, ne Titiæ consobrinæ nuberent, quam sententiam omnino

omnino inermem reperi apud Ioann. Imol. in l. quoties, §. si quis ita dixerit, ante nu. 37. ff. de hæred. instit. nam mens defuncti, qui nuptias consobrinæ in conditione posuit, satis suadet, illis peculiariter prospexisse: & non aliter vtrumque fratrem vocasse, nisi alteruter Titiæ nuberet, vel saltem per illos non staret, & quod consobrinæ consuluerit, satis ostēdit, dum eum fratrem, qui ei nupserit, dupla hæreditatis portione inuitat, suadet etiam ratio l. 2. C. de instit. & substit. ibi: *Cum te filio sororis suæ consobrino tuo, probabili consilio, matrimonio iungere voluerit*, &c.

6 Confirmatur † deinde hæc sententia ex Vlp. in l. 2. §. si quis ita, ff. de bonorum possess. secund. tab. vbi ita scribit: *Si quis ita instituerit hæredes, vter ex fratribus meis Seiam vxorem duxerit, ex dodrante mihi hæres esto: vter non duxerit, ex quadrante hæres esto. Si quidem mortua fuerit Seia, æquas partes habituros hæredes constat, quod si ab altero vxor ducta fuerit, dodrantem, & quadrantem eis competere, bonorum autem possessionem, antequam existat cōditio, neutrum petere.* vbi Vlp. eleganter ostendit, fratres non aliter admittendos, quam si alteruter verè, vel iuris censura conditionem impleuerit: alioquin si ipsis nolentibus nubere, pateret ad hæreditatē aditus, quasi simpliciter scriptis; non diceret, neutrum esse admittendum ad bonorum possessionem secundum tabulas, antequam existat conditio, cum vnusquisque qui nubere nolet, suum quadrantem petere posset, non aliter igitur vocauit (non mortua Seia) quam si vel nuberent, vel per illam stetisset: & consequenter sub inæqualibus portionibus, & cum interim sit incertum, quæ, & cui sint applicandæ; cessat facti bonorum possessio, quæ non nisi in portione omnino certa concedi potest, vt notat Bart. in d. l. 2. §. si quis ita, ad fin. Raph. Cuman. in l. si quis instituatur, 23. in fine princip. ff. de hæred. instit. Viglius, in l. 1. nu. 6. C. de edicto Diui Adriani toll.

7 Præterea † suadetur hæc eadem pars: nam licet institutio simplex esset & in omnem euentum (quod negamus) cum tamen portiones non essent demonstratæ nisi sub conditione, si videlicet alter ex fratribus nubat, vt inquit I.c. Vlp. in l. quoties, §. si quis ita, ff. de hæred. instit. ibi: *Sed quis ex qua parte, incertum est.* interim dum alteruter non nubit, vel conditio pro impleta habetur, (quod non euenit vtroque nolente) frustra peterent hæreditatem, cuius certam aliquam portionem sibi deberi probare non poterant: nam quadrans, qui non nubenti datur in d. l. vter ex fratribus, & triens, in d. l. qui ex fratribus, non quidem datur vt nubere nolenti, sed potius, quia purificata est dispositio altero nubente, id enim intenderat testator, vt patet in d. l. vter. ibi: *Habebit dodrantē, erit alterius quadrans*; &c. vbi postquam nubenti defertur dodrans, competit non nubenti quadrans, expressit Imol. in d. l. quoties, §. si quis ita, ante, numerum trigesimum septimum, nō nubentis autem tunc non consideratur noluntas, sicut è conuersō ad miorem portionem nanciscendam non attenditur nubendi voluntas, si consobrina non huius, sed illius fratris thorum praelegerit. Vnde iam non obstabunt quæ supra in secundo fundamento adducebantur, vt infra latius ostendemus.

8 Denique accedit † solidissimum fundamentum, & vt aiunt, non innixum arenæ, nititur quippe apertissimo Marcelli responso in d. l. vter ex fratribus, ibi: *Si neuter eam duxerit vxorem, non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit: ambo in partes æquales admittuntur. Plerumque enim hæc conditio, si vxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det, aut faciat.* Quæ quidem verba, omnem omnino respuunt contrarium colorem, & pluries iteranda auribus, quam aliter sunt exponenda; illud dumtaxat notari cupio, illorum verborum, *non quia ipsi ducere noluerunt*, rationem reddi in vers. seq. ibi: *Plerumque enim hæc conditio*; &c. quasi Vlp. tantummodo intendat enucleare vim illius conditionis, *si duxerit, si fecerit*; &c. Vnde corruit præpostera interpretatio, quam supra in contrarium vltimo loco adducebamus.

9 Et vt † nostra hæc sententia altius infigatur, ac facilius suadeatur, obiecta diluamus: nam ad primum respondemus, fratres de quibus hic, non esse simpliciter, & in quemlibet euentum institutos: ita vt ipsis nolentibus nubere pateat hæreditatis aditio: quinimmo requiri, vt vel nubat alteruter; vel per ipsam stet; aut tandem ne per illos, mortua videlicet consobrina; vt peculiariter decidere I. c. in d. l. vter ex fratribus, l. qui ex fratribus, ff. de cond. instit. & d. l. 2. §. si quis ita. ff. de bon. poss. secund. tab. nec profectò omitteret casum quotidianum, cum omnes percurrant, in quibus fratres admittuntur; nisi supponerent, vltra expressos, aliter recipi ad hæreditatem non posse. Præsertim cum illos excludat, d. l. vter ex fratribus, ibi: *Non quia ipsi ducere noluerunt.* & ibi: *Oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat*; &c. & d. l. quoties, §. si quis ita, ff. de hæred. inst. ibi: *Sed quis ex qua parte, incertum est*, & noua, nec inelegans consideratio, quam supra adhibuimus Vlp. in l. 2. §. si quis ita, ff. de bon. possess. secund. tab.

10 Nec † obstant verba d. l. qui ex fratribus, ibi: *Quia verum est, eos hæredes institutos, sed emolu-*

emolumento portionum, euentu nuptiarum discretos: nam mens Papiniani ibidem non est, ostẽdere, fratres illos semper, & in quocumque euẽtu manere institutos, & ita si nubere nolint, admittendos, sed potius occurrit dumtaxat difficultati, quæ nascebatur ex incertitudine institutionis; quasi mortua Seia consobrina, & ita illis vere, vel ficte non nubentibus, quodammodo institutio periret; quæ requirit certam demonstrationem hæredis, vt pro regula inquit Vlp. in d. l. quoties. §. hæres institui, ff. de hæred instit. *Heres institui* (inquit) *nisi vt certè demonstretur, nemo potest*. Attamen, quia prædicta institutio non habebat incertitudinẽ in persona hæredum, quos constabat esse fratres testatoris, valida in se est; quamuis portiones in euentu nuptiarum inæquales fiant. Vnde cum mortua consobrina, licet cesset portionum certitudo, quam testator expresserat, cum tamen per illos non steterit, ex tacita nihilominus voluntate admittuntur, vt inferius ostendemus, & quod hæc fuerit Papin. intentio colligitur ex Vlp. in d. l. quoties, 9. §. si quis ita dixerit, ff. de hæred. instit. vbi postquam præposuit regulam, nimirum neminem posse hæredem institui, nisi sub certa demonstratione: statim, & immediate subiunxit eandem speciem, quam tradiderat Papin. in d. l. qui ex fratribus, & in ea ita respondet: *Hic recte factam institutionẽ certum est, sed quis ex qua parte, incertum*. quasi dumtaxat intendat defendere institutionem; an autem effectum sortiri debeat, resoluit Vlp. in d. l. 2. §. si quis ita, ff. de bon. poss. secund. tab. & Marcellus, in d. l. vter ex fratribus, & Papin. in d. l. qui ex fratribus, quando videlicet, vel nubit alter, vel illa renuit, aut moritur re integra.

11 Vel † etiam responde Pap. in d. l. qui ex fratribus, in vers. *quia verum est*; &c. solum satisfacere obiectioni, quæ nascebatur ex sua resolutione, dum in partes æquales fratres admittebat; quasi instituti non ita essent, sed ex disparibus, cui occurrit, & dicit, tunc ex inæqualibus partibus futuros, quando nuptiæ celebrarentur cum alterutro, aut conditio pro cõpleta haberetur: non ita, quando mortua est consobrina, quia verum est fratres tunc manere institutos ex alia tacita defuncti voluntate, vt inferius ostendemus, & ita vltra terminos portionum inæqualium.

12 Nec obstat † nostra consideratio, quam supra ad firmitatem primi aduersi fundamenti subneximus ex l. legatum. C. de cond. insert. & l. in testamento ita erat, 31. ante fin. ff. de cond. & demonstr. quasi fratres testatoris non aliter admitterentur mortua consobrina, nisi in omnem euentum essent instituti: & consequenter, etiam si per ipsos stetisset, quominus nuberent. Ceterum respondendum est, quod licet in his terminis deficiat verum implementum conditionis (cum nuptiæ secutæ non sint) & item interpretatiuum extraordinariũ (quia per ipsam non stetit) ex l. 2. C. de instit. & subst. non proinde tamen locũ esse præclusum coniecturis, an testator in casu mortis eius, cũ qua conditio erat implenda, hæredẽ scriptum manere vellet, vt cordate præsensit vnico verbo glossa 1. in d. l. legatum, C. de condit. insertis, dum ita inquit: *Si filio, ex hoc patet, quod aliàs non erat relicturus*. vbi si quis legat sobrinæ sub conditione, si nubat filio ipsius testatoris, inquit Accurt. propterea reijcitur legataria mortuo filio testatoris, quia tunc potius nuptijs filij prouidebat, quam sobrinæ; contrarium innuens, si legatariæ tantum prospexisset, quod multis comprobat Hispan. Molina, lib. 2. de primogen. cap. 13. nu. 26. Hinc ego argumentum duco ad nostram speciem, vt videlicet propterea fratres mortua Titia consobrina, cui alter nubere iubebatur, ad hæreditatem admittantur: quia, licet si per illos stetisset, omnino excluderentur iuxta supradicta; cum tamen testator vnum ex fratribus vocauerit, qui consobrinæ non nupserit, seu potius cui impossibile erat consobrinæ nubere (nam eadem duobus simul nubere nequibat, §. socrum. Inst. de nuptijs) & ita per quem non steterit, quominus nuberet, vt testator præsumit: manifeste sentit, quod quando per eosdem non steterit, quo minus alteruter consobrinam ducat, quia ipsa re integra decessit, ambo admittantur in viriles portiones: nam ex voluntate, quam testator expressit circa vnum ex fratribus, quem vocat ad hæreditatẽ ex eo solo capite, quod per eum non steterit: colligitur mens ad vtrumque; vt videlicet, si per illos non steterit, in viriles admittantur, per eos autem non stat, mortua consobrina re integra, & secundum hoc intelligatur Papin. in d. l. qui ex fratribus, vers. quia verum est, quasi ad mentem defuncti in prædicta forma disponentis referri debeat successio fratrum mortua Titia.

13 Verum aliter † poterit explicari d. l. qui ex fratribus, vt propterea fratres mortua consobrina admittantur: nam illi soli erant legitimi ab intestato hæredes, vt coniectari licet ex diuisione totius assis inter ipsos facta: nõ enim credibile est, in dubio testatorem voluisse inutiliter testari, præteritis filio, vel patre: & frustra tunc quæreretur, an fratres admitti debuissent, testamento vel iniusto propter præteritionem filij in potestate, vel contratabulato, vel rescisso per querelam, in quibus casibus totum à fratribus defuncti auocandum esset, quamuis conditionem explessent; quia filio-

filiorum, & parentum causa præcedit, & remouet fratres defuncti, vt est notius, quam vt indigeat probatione. Quando igitur fratres defuncti, vel quilibet alij hæredes defuncti instituuntur in tota hæreditate sub conditione si alteruter nubat Titiæ; quamuis illa moriatur, & consequenter institutio ruere videatur ex l. legatum. C. de condit. insert. & d. l. in testamento ita erat, 31. ante fin. ff. de cōd. & dem. in viriles tamen admittentur ad euitandum circuitum ab intestato succedendi, argumēto text. elegantis, in l. 1. C. de his, qui sibi adscribunt. ibi: *Tamen, cum etsi testamentum non esset scriptum, iustus successor futurus esset: accepta bonorum possessione filius perinde habebitur, atq; si sua manu pater tuus te hæredem scripsisset functus dulci officio*; vbi institutio de rigore irrittanda sustinetur ad euitandum inanem circuitum succedendi ab intestato; & insuper cernitur peculiaris fauor defuncti (vnde etiam eius mens colligitur) quod eiusdem testamentariæ dispositiones sustinentur, aliàs ab intestato infringēdæ, iuxta regulam l. si nemo, ff. de testam. tut. & ideo si tunc legitimi velint omittere successionem testamentariam, quasi in euersionem, & necem legatorum, tenebuntur ex edicto, *Si quis omissa causa testamenti*. Quod circa euitandum circuitum diximus, non ita potest considerari, quando fratres nubere nolint: quia tūc non solum deficit institutio de rigore iuris, sed etiam ex volūtate testatoris, & per consequēs manent omninò non instituti, quoad effectum succedendi ex testamēto. An autem ab intestato succedere tunc possint, inferius attingemus, & casu, quo non possent, frustra ageretur de circuitu euitando.

14 Præterea † d. l. legatum, C. de cond. insert. & d. l. in testamēto ita, ff. de cond. & demōstr. puto limitandas, si euidenter constiterit testatorem, dum conditionem nubendi iniungit, omninò prouideat legatario, vel hæredi. ita vt nobiles, vel vtiles illas nuptias eisdem quæreret in decus familiæ, inuitando feminam sub spe prædiuitis mariti, aliàs etiam idem disposi turus: nam, si per illos non steterit, vtpotè, quia illa mortua est re integra; legatarius ille, vel hæres admittendi sunt, quasi non desit genera lis testatoris voluntas, licet nuptiæ non sequantur, innuit glos. 1. in d. l. legatum, tradit Fulgos. in l. 1. C. de instit. & substit. quem ibidem sequitur Alex. nu. 1. Ias. nu. 7. & plures, quos referens sequitur Hispanus Molina, lib. de primog. cap. 13. nu. 26. & ita etiam venit declaranda d. l. 1. & l. 2. C. de instit. & subst. quando conditio nubendi defecit per mortem eius, cum quo adimpleri debebat.

15 Tandem † d. l. legatum, & d. l. in testamento, cessant, quando nuptiæ non per viam conditionis, sed per viam modi apponuntur, vt est regula per text. in l. si Titio, 95. aliàs est l. si fundum, 92. §. Iulianus, ff. de legatis 1. & in specie ex multis tradit Bart. in d. l. 1. C. de inst. nu. 1. quem sequitur Bald. nu. 7. Paul. num. 6. Alex. nu. 5. & plures, quos refert, & sequitur Molina, d. lib. 2. cap. 13. nu. 25. cum præcedēt. qui omnes rationem differentiæ inter conditionem, & modum assignant, & similiter sunt declarandæ l. 1. & l. 2. C. de instit. & substit.

16 Ex quibus † omnibus colligitur, quod licet regulariter requiratur, quod conditio nubendi verè impleatur, vel per illum stet, cum quo adimplenda est, d. l. 1. & l. 2. C. de instit. aliquā do tamen sufficit, ne per grauatum stet, conditione videlicet per casum deficiente, si de mente testatoris constiterit, & hoc quod est, non stare per grauatum est medium inter verum, & fictum implementum, & in terminis d. l. vter ex fratribus, & d. l. qui ex fratribus, mortua consobrina constat de voluntate testatoris fratres non remouentis, vt prædiximus.

17 Ad secundum † principale fundamentum aduersæ sententiæ respondetur; quod quando testator in terminis d. l. vter ex fratribus, vocauit ad quadrantem hæreditatis, fratrem, qui Seiam consobrinam non duxerit; manifestè sensit, eo casu vocasse, quo alter ducat, vel duxisse existimetur, expressit Vlp. in d. l. vter, & in d. l. 2. §. si quis ita, ff. de bon. poss. secūd. tab. ibi: *Si ab altero vxor ducta fuerit, dodrantem, & quadrantem eis competere*. Nec enim testator instituit vnum ex fratribus in portione inæquali, nisi casu, quo altera inæqualis portio competat, idem sentit Vlp. in l. quoties, 9. §. si quis ita dixerit, vbi expressit Ioannes Imol. ff. de hæred. instit. ergo nunquam dabitur casus, quo ambo in quadrante admittantur, tanquam in eodem ex voluntate testantis instituti. Iura autem in argumento adducta, quando admittunt restrictionem, vel ampliationē assis, loquuntur, quando constat de simplici voluntate testatoris, volentis instituere in illa maiori, vel minori parte: non ita, quando circa institutionem deficit voluntas ob defectum conditionis, vt in nostris terminis.

18 Ad interpretationem † tandem, quam contraria communis sententia adhibebat nostræ legi, vter ex fratribus, ibi: *Non quia ipsi ducere noluerunt*; &c. respondeo; quod licet, hæc verba à subsequentibus diuulsa omninò non respuant præfatam expositionem, accedēte tamen vers. Plerumque, in quo precedentium ratio redditur, prædicta explicatio penitus euanescit, & literam apertè violat, cum l. c. generalem regulam tradat, quam ad vnū casum, coāgustare inciuile est. Accedit, quia si

communis contraria opinio vera esset, eandem resolutionem debuisset Vlpianus assignare, vtroq; fratre nubere nolente, vt ipsa communis intendit; quod si verum esset, captiosè, & inutiliter instituit Vlp. in decidendo, ne per fratres stetisset, vt io viriles portiones admitterentur.

Maneat igitur, prædictos fratres in duobus tantum casibus admitti æqualiter, non secutis nuptijs, quando videlicet consobrina noluit, vel re integra discessit, si per illos verò steterit, omninò repellendos.

19 Quid autem de † hæreditate faciendum est illis nubere nolentibus, quo casu resoluimus, non esse ex testamento recipiendos, & quidè si substitutum habeant, quando hæredes non essent; proculdubio admittetur substitutus, ducto argumento à fortiori, ex l.4. vbi omnes notant, ff. de hæred. instit.

20 Si verò † desit substitutus, & non sit aliquis filius testatoris exhæredatus, consequenterque maneant proximiores ab intestato ijdem fratres, ipsis mero iure defertur hæreditas. Sed tunc legata omnia præstabunt, ex tit. siquis omissa causa testamenti, ne commodum ex malitia, & inobedientia reportent; idq; comprobat tex. in l.1. §. qui sub conditione, ff. si quis omissa, &c. de quo latè Lusitanus noster subtilis Costa, lib.2. Select. cap.2. nam tunc, in terminis scilicet, in quibus fratres nubere nolunt, iam apparet, re ipsa esse institutos sub conditione, quæ in ipsorum potestate est, & cui parere nolunt.

21 Insuper † adinstar edicti, si quis omissa, &c. Sicut Prætor pro impleta habet conditionem, quæ in potestate erat instituti, ad effectum, vt legata præstaret, quasi ex testamento: ita etiā, si fraus non quidem legatarijs (si nulli sunt) inferatur, sed potius consobrinæ, cuius nuptijs prospexit: æquum erit, compellendos, vt alter nubat, aut vterque ab hæreditate arceatur, quasi indignus. Nec obstabit tunc text. in l. si quis sub conditione, 8. ff. si quis omissa, vbi deciditur, quod posito sub conditione non succurrit æquitas illius edicti: hoc namq; debet intelligi, quando testator cum posset simpliciter legare, in conditione duntaxat posuit. Verum ad nuptias, quas testator intendebat, non nisi sub conditione fratres onerare poterat; & ita, licet verba edicti deficiant, ex sententia, & æquitate ipsius succurrendum videtur. Iuuat cōmunis quædam opinio in l.4. vbi Cuiac. ff. de hæred. inst. quæ resoluit, quod filius institutus sub conditione potestatiua, si ob culpam suam non impleat, etiam ab intestatò fore submouendum. Quinimmo, & si filius adhuc ab intestato hęres esse potuisset, vt inquit l. vlt. ff. de eōd. instit. in ipso duntaxat admitteretur, cui magis debetur testatoris hæreditas, quam fratribus, l. scripto, ff. vnde liberi, vel etiā ex eo, quod eueniret casus, in quo se præteritum inuenit, quod omnino in fratribus cessat.

22 Ceterum † propter d.l. si quis sub conditione, securius est, vt testatores prouideant in casum, quo fratres, vel quilibet alij proximiores ab intestato nubere noluerint, ne per indirectū ipsorum dispositio, & intentio fraudetur.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu, & materia l. vlt. ff. de solutionibus. per tot. & à nu.48.

Vtrum mandatum possit ex conuentione vltra mortem prorogari, à nu.1. cum seqq. & à num.9. vbi pars negatiua omnino comprobatur, & a nu.18 vbi redditur ratio.

Agitur de intellectu l. si verò non remunerandi, 12. §. vlt. ff. mandati, nume. 2. & omnino, num. 36.

Agitur de intellectu l. mortis causa. 18. §. Titia, ff. de donationibus causa mortis, num.4. & omnino, a num. 31.

Agitur de intellectu l. furti, §. vlt. ff. de his qui notantur infam. nu.5. & omnino, nu.41.

Agitur de intellectu l. fundi, 33. §. vlt. ff. de acq. possess. nu.6. & omnino, nu.42.

Agitur de intellectu, l. si quis alicui, 27. §.1. ff. mandati, nu.7. & omnino, nu.44.

Refertur, & reprobatur Acurtij, & Cuiacij interpretatio, & emendatio ad nostram, l. vlt. in 2. responso, ff. de solution. nu.10.

Refertur, & reprobatur altera Accurtij interpretatio ad d.l. vlt. in 2. responso, nu.11.

Indagatur ratio, ob quam mandatum morte mandantis finitur, nu.12. & ibidem reprobatur communis ratio, & vera assignatur, nu.13. cum seq.

Mors non reuocat mandatum, sed tantum cessare facit voluntatem, d. nu.12.

Obiter intelligitur, l. 4. ff. de locat. ibidem.

Quamuis mandator in articulo mortis constitutus dicat, vt mandatum nondum inchoatum post mortem ipsius exequi valeat: non tenebitur mandatarius, & mandatum morte finitur, ibidem.

Assignatur ratio, ob quam morte mandatarij finitur mandatum, num.15.

Explicatur l.4. ff. de manumiss. vindicta, nu.16.

Explicatur, §. rectè, vers. item si. Inst. mandati, ibidem.

Ad plenam libertatem concedendam quid requiratur, num.17.

Dominus manumittens putans se non dominum, vtiliter manumittit, ibidem.

Obiter intelligitur l. cum ex falsis, ff. de manumiss. testam. ibidem.

Conciliatur d. l. 4. cum l. quæsitum, vers. Iulianus, ff. qui,

ff. qui, & à quibus: ibidem.

In d. verſ. Iulianus, ſeruus nullam omnino libertatem obtinebat. ibidem.

Remiſſiuè intelligitur §. ſoluitur, verſ. in coeunda. Inſt. de ſocietate. nu. 18.

Explicatur l. cum duobus. 52. §. idem reſpondit, ſocietatem. ff. pro ſocio. nu. 19. vbi reprobatur gloſſa, & Cuiacij interpretatio,

Si in ſocietate conueniat de certo hærede, in quem trãſeat ſocietas: non valet conuentio. idem in mandato. nu. 20. inter vtrumque tamen differentia aliàs conſtituitur. num. 29.

Naturalia contractuum non poſſunt immutari conuentionibus priuatorum. nu. 21 cum ſeq. vbi diſtinguitur.

Obiter explicatur l. cum manu ſata. §. vlt. ff. de contrah. empt. d. nu. 21.

Naturale venditionis eſt, vt dominium ex ea poſſit transferri: licet extrinſecus impediatur ibidem.

Variæ opiniones referuntur circa naturalia contractuum immutanda. nu. 22. & aſſignatur noſtra reſolutio. ibidem.

Obiter intelligitur l. 1. & l. 2. C. de iure emphyt. nu. 23.

Obiter intelligitur l. diem proferre. §. 1. ff. de arbitris. ibidem.

Explicatur l. emptorem. §. vlt. ff. de act. empt. numero 24.

Mandatum, quod mandantem reſpicit etiam mortuum, v. g. de monumento faciendo; valet ab initio vltra mortem collatum à nu. 35.

Cadaueribus defunctorum, & funeri iniuria fieri poteſt. ibidem.

Mandatum, quod ſola gratia hæredum fit, ab initio poteſt vltra mortem porrigi, nu. 27. et ad quam nam ſpeciem mandati pertineat. num. 30.

Explicatur l. idem eſt. 13. ff. mandati. à num. 27. cum ſeq.

Explicatur regula l. ſi pactum. 9. verſ. vlt. ff. probationibus, nu. 28.

Liberatio debiti poteſt donari cauſa mortis, nu. 31. & per ſolam acceptionem etiam olim rata erat. num. 37.

Late explicatur l. cum pater, 77. § Mæuio. ff. de legatis, 2. nu. 32. cũ ſeqq. vbi exploditur Accurtij, & communis Doctorum interpretatio.

Donatio cauſa mortis olim ad ſui validitatem requirebat traditionem rei donatæ. nu. 33.

Ampliatur deciſio d. §. Mæuio. nn. 34.

Explicatur l. miles ad ſororem. 75 ff. de legatis 2. numero 35.

Quando ſpecies aliqua vltimæ voluntatis tegitur ſub forma mandati; poſt mortem ſubſiſtit ex natura tantum vltimæ voluntatis. nn. 36.

Dictus §. Mæuio, iam hodie non procedit. nn. 38.

Aſſignatur caſus, in quo donatio cauſa mortis olim ſuſtinebatur ſine traditione rei in vita donantis. num. 39.

Hæredes eius, qui cauſa mortis donauerat, & in vita non tradiderat, olim non tenebantur perficere donationem. ibidem.

Regula l. in quiſſimum. ff. de iuris, & facti ignor. aliquãdo ceſſat, quando effectus non prouenit principaliter ab ignorantia, vel ſcientia alterius. ibidem. ad fin.

Qui ſcienter ſoluit, quod ſoluere non tenebatur, donare creditur. nu. 40. quod tamen ibidem declaratur.

Mandatum inchoatum à mandatario, tranſit ad eius hæredes. nu. 41.

Societas, & tutela nullo modo, tranſit ad hæredes. ibidem.

Mandatum ex cauſa neceſſaria commiſſum, morte finitur, nu. 42.

Quando mandatum prouenit à cauſa neceſſaria, benè poteſt per mandatarium ſcientem mortem mandantis exequi non prohibentibus hæredibus. ibidem.

Quando mandatum ſimplex morte non finitur; vel aliqualiter poteſt poſt mortem exerceri: ſub eodem modo poteſt ab initio vltra mortem prorogari. nu. 43.

Quando ſeruus alicui ita datur, vt poſt mortem dantis manumittatur; valet tale mandatum. numero 44.

Obiter intelligitur l. ſi hominem. ff. mandati. numero 45.

Quando mandatum formatur ſub ſpecie contractus, qui vltra mortem ſolet porrigi: & ipſum mandatum poſt mortem protendi poteſt. nu. 46.

Conciliatur l. ſi quis alicui. §. 1. & d. l. ſi hominem, ff. mandati. cum l. 3. C. de vindicta libert. numero 47.

Obiter intelligitur l. nemo alieno. ff. de regul. iuris. ibidem.

Obiter intelligitur, l. per procuratorem. ff. de acq. hæredit. ibidem.

Manumiſſio eſt actus legitimus. ibidem.

Obiter intelligitur mens l. quod autem. §. vlt. ff. de donat. inter virum. ibidem.

Diſpoſitio d. l. 3. olim non habebat locum in filio ſam. cui pater mandabat manumiſſionem fieri. ibidem, & hodie in omnibus liberis etiam emancipatis ceſſat. ibidem.

Bene poteſt quid mandari de præſenti, cuius effectus ex conuentione poſt mortem porrigatur, nn. 48.

Stipulatio alteri facta, quibus modis concipi poteſt, & quando valet. nu. 49. cum ſeqq.

An mandatarius ſtipulari poſſit mandanti, conferendo in eum verba executiua tantum? à num. 53. & negatiuè reſoluitur. nu. 54.

Conſtitutum ita procuratori, ſine mandatario fieri poteſt, vt in ipſum tantum verba obligatiua, & executiua referantur. nu. 56.

Intereſſe ſtipulatoris, quomodo debeat conſiderari ad effectum, de quo l. ſtipulatio iſta, §. ſi ſtipuler.

puler. ff. de verb. oblig. nu. 57.

Notabiliter declaratur §. post mortem. Inst. de inutilibus, stipulant e nouam constitutionem Iustiniz neam; ne procedat in stipulatione mandata, cuius effectus confertur post mortem mandantis. num. 18.

CAPVT VI.

Ad I.c. Paulum, lib. 2. Manualium, in l. vlt. ff. de solutionibus.



1 PAulus † scribit. *Ei, qui mandato meo post mortē meam stipulatus est, rectè soluitur: quia talis est lex obligationis: ideoq; etiam inuito me, rectè ei soluitur. Ei autem, cui iussi debitorem meum post mortē meam soluere, non rectè soluitur: quia mandatum morte dissoluitur.*

Lex ista mirabiliter distorquet iuris interpretes, coegitque doctissimum Cuiac. lib. 1. Obser. cap. 38. vt ipsius literam vndique turbaret. Cuius interpretationem prius quam aggrediamur, elicienda resolutio est ad eam quæstionem, vtrum mandatum possit post mortem conferri? cum constet simpliciter factum morte extingui, l. si quis alicui, §. morte, ff. mandati, §. rectè, Inst. eodem tit.

Et quidem mandatum à principio celebrari post mortem implendum, tenuerunt ordinarij Doctores in iuribus infra referendis. plures refert, & sequitur Decius in l. eius, qui in prouincia. versiculo placebat, numero 8. ff. si cert. pet. vbi communiter notant Doctores. Iacob. Cuiac. d. cap. 38. Franeisc. Duar. sub tit. de mandato. cap. vlt. col. vlt. in fine. Hispan. Pichardo, in §. rectè, Inst. mandati, numero vndecimo, & 15. & glos. verbo, donabat, in l. cum pater, §. Mæuio, ff. de legat. 2. vbi Imola, nu. 8. & reliqui.

2 Pro quibus † pugnare videtur Vlp. in l. si verò non remunerandi, 12. §. vlt. ff. mandati, ibi: *Idem Marcellus scribit, si vt post mortem sibi monumentum fieret, quis mandauerit: hæres eius poterit mandati agere, illum verò, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati*; &c. vbi indistinctè mandatum post mortem collatum valet, & vtrinque producit obligationem.

3 Fortius † fauet I. c. Caius, in l. idem est, 13. ff. mandati, vbi inquit: *Idem est, & si mandaui tibi, vt post mortem meam hæredibus meis emeris fundum.*

4 Adducitur † tertio Iulianus, in l. mortis causa, 18. §. Titia, ff. de donat. causa mortis. ibi: *Et rogauit eam, vt si ea decessisset, illis daret*: &c. vbi mandatum de reddendis alicui tabulis post mortem mandantis, tenet. Et Iulianum sequitur Vlp. in lege tertia, ff. de liberat. legata.

5 Facit † quartò Vlp. in l. furti, 6. §. vlt. ff. de his, qui notantur infam. ibi: *Illud planè addendum est, quod interdum, & hæres suo nomine damnatur: & ideo infamis fit, si in deposito, vel in mandato malè versatus sit*; &c. vbi supponit, mandatum transire ad hæredes morte mandatarij: constat autem mandatum simpliciter contractum, morte extingui, vt supra probauimus, ergo debet intelligi Vlp. de mandato à principio post mortem collato.

6 Quintò † facit argumentum deductum ex l. fundi, 33. §. 1. ff. de acquirend. posses. iuncta communi sententia, quæ per illum dicit, quod mandatum ex causa necessaria, morte mandatoris non extinguitur, vt tradit glos. verbo, constat, in l. 2. §. si quis donaturus, vbi Bart. ff. de donat. plures refert, per quos communem dicit Couar. pract. capite vndecimo, numero primo, post med. ergo in ijsdem terminis, & post mortem à principio validum erit: nam in hac materia facilius sustinent Doctores mandatum post mortem collatum, quam simplex, si mors sequatur, vt patet ex supra citatis.

7 Sextò facit † responsum Caij I.c. in l. si quis alicui, 27. §. 1. ff. mandati, ibi: *Si seruum ea lege tibi tradidero, vt eum post mortem meam manumitteres: constitit obligatio mandati*; &c. ex quo textu iuncta Rubr. colligitur mandatum posse conferri post mortem.

8 Denique pro † eadem parte videtur esse I.c. Paul. in nostra l. vlt. in 1. responso, ff. de solut. ibi: *Qui mandato meo post mortem meam stipulatus est*; &c.

9 Verum † ipse in contrarium procliuior sum, putoque mandatum regulariter non posse ab initio post mortem conferri, cum simplex morte pereat. Et hanc resolutionem mihi videtur expressim sequi Iurisconf. in nostra lege vltima, in 2. responso, ibi: *Ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam soluere, non rectè soluitur, quia mandatum morte mandantis dissoluitur.* Quasi ita ratiocinetur: mandatum morte mandatoris soluitur, ergo in tale tempus ab initio collatum, inutile erit, iuxta regulam, quam tradunt Doctores per text. ibi, in l. quod sponsæ, 4. C. de donat. ante nupt.

Quam

10 Quam † Paulinam decisionē pro defensione superioris sententiæ communis, multis euitare nitebantur: nam glos. ibidē, in primo scholio, & verbo, doli mali, in d. l. mortis causa, 18. §. Titia, ff. de donat. causa mortis, inquit, verba, *post mortem*, de quibus in nostro textu determinare, & respicere verbum, *soluitur*, non verò verbū, *soluere*: quasi I. c. velit ostendere, mandatum quidem esse simplex, & in vita implendum, verum post mortem casu fuisse inutiliter impletum, bueq; tendit emendatio Iacob. Cuiacij dicto lib. 1. Obser. cap. 38.

Hanc tamen interpretationem non patitur nostra l. vlt. nam in primo responso agit de mādato contrahendæ stipulationis post mortem mandatoris, & in 2. responso aduersatiuè decidit in terminis solutionis recipiendæ: ergo, ut procedat uis aduersatiuæ, requiritur, quod a principio, quo mandatum intercessit, mortis fiat mentio, & quamuis Cuiac. etiam literam emendet in primo responso, putās id aliter esse abs re: nihilominus sustinenda est, ex infra dicendis. Deinde captiosa est Accurtij interpretatio per saltum facienda, & Cuiacij correctio improbabilis, non enim credi potest incuria Typographorum in eodem textu bis idē verbum præpostere collocari, præsertim cum nulla ex receptis hucusque editionibus aliter legat.

11 Vnde † glos. in d. l. idemq; , 13. ff. mandati, ad aliam explicationem trāsuolat: inquitq; propterea in nostra l. vlt. in 2. responso, morte mandatoris finiri mandatum à principio post mortem collatum, quia non intererat hæredum mandatoris durare. Sed hic sensus meram continet cauillationem: nam duratio, vel extinctio mandati post mortem, non prouenit ex voluntate, vel commodo hæredum mandatoris, sed ex dispositione iuris.

12 Pro † vera igitur decidendi, & conciliandi ratione, indagandum est, quænam ratio suaserit, vt mandatum morte finiretur, ut inde cognoscamus, an pacto immutari possit hæc iuris dispositio, & Doctores in d. §. rectè, Inst. mandati, in l. inter causas, & in l. si quis alicui, §. morte, ff. eodem tit. dicunt, quod mandatum supponit voluntatem mandantis, & suscipientis mandatum, quæ quidem per mortem soluitur, l. 4. ff. locati, vnde nihil mirum, quod mandatum morte dissoluatur.

Sed rationem, & illationem hanc tutam nō puto: quia licet mandatum re integra pendeat ex nutu mandantis; ad id tamen requiritur reuocatio, d. §. rectè, Inst. mandati. At mors non reuocat, sed tantum cessare facit voluntatem, vt notat Couar. pract. cap. 11. num. 2. & ideò, vbi requiritur reuocatio voluntatis, mors non sufficit ad extinctionem, ut probat l. cum precario, 12. §. 1. ff. de precario, tradit eleganter Couar. lib. 3. var. resolut. cap. 15. à nu. 1. Nec contrarium euincit d. l. 4. ff. locati, quia locatio, & precarij rogatio, ibidem facta fuit, quoad locans, vel dominus voluerit: & sic conuentum est inter contrahentes; vt cessatione voluntatis finiretur; tradit ibi Salic. in princip. Couar. d. cap. 25. nu. 4. cum præced. & hinc etiam est, quod licet in vita cesset voluntas in mandante (si v. g. cesset ratio mandati,) adhuc quoad suscipientem durat mandatum, quousq; reuocetur, probat l. si remunerandi, §. si tibi mandauero, in fine, ff. mandati. Cum igitur, non cessatio voluntatis, sed reuocatio adimat mandatum, manifestè sequitur, per mortem non tolli, quasi reuocatum. Aliunde igitur prouenit prædicta iuris dispositio.

Deinde quis inficiari potest, quod etsi mandator velit, vt mandatum nondum inchoatū, executioni post mortem suam mandetur, nihilominus extinguitur, v. g. si in articulo mortis constitutus mandator dicat, vt mandatum, quod adhuc inchoatum non est, post suā mortem fiat, quo casu securè puto, mandatarium exequi non teneri: tunc enim eum scientem lex exonerat; immò iubet, ne exequatur: & tamen si propter cessationem voluntatis mandatoris finiretur per mortem; in hoc casu subsisteret, mandatore exprimente durationem voluntatis; quæ sicut quoad alias testamentarias dispositiones superstat, ita & quoad hunc effectum durare diceretur, vt inquit l. 4. ibi: *Cum non appareat mutata esse domini voluntas*, ff. de manumiss. vind.

13 Vnde † pro eruenda vera ratione aduertendum est, quod mandatum habet originem ab officio, & amicitia, probat l. 1. ff. mandati, & propterea gratuitum esse debet, vt ibidem infert I. c. nec enim homines gratis aliena negotia curarent, nisi debitum officium, & amicitia id suaderet; & ita ad mandatum exequendum certam personam sibi eligunt, cui gratulentur.

Deinde, propterea quis mādat, vt quod per se, vel non potest, vel non æquè bene facere, id per alium faciat: habito respectu ad suam personam, cui gratia fit, & ita per seipsum facere videatur.

14 Ex † quibus vera eruitur ratio, ob quam per mortem mandatoris finiatur mandatum: nam si mandatarius cogeretur post mortem mandantis, nondum inchoatum mandatum exequi: iam hæredibus mandatoris, erga quos nullo tenetur, vel amicitiæ, vel officij vinculo, gratis, & coactè impenderet; litibusque aditus reseraretur; Insimul, & iam negocium, quod post mortem fit, nequa-

quam potuisset credi per mandantem fieri, qui iam non est, & si mandatarius exequi posset reluctantibus hæredibus mandatoris, cogerentur ijdem hæredes pati factum eius mandatarij, qui forsan de ipsis male meritus est; idque in maximam iacturam rerum hæreditariarum, & publicæ quietis.

15 Vnde † etiam inferes rationem ad l. si quis alicui, §. morte, ff. mandati, cum similibus: cur scilicet mandatum morte suscipientis dissolui tur: nam cum iuxta supradicta, morte mandantis finiatur mandatum, ne mandatarius gratiam aliquam cum labore suo ignotis forsan hominibus suppeditet: ita etiam eadem suadente ratione hæres mandatarij non tenetur mandatum exequi, ne mandanti ignoto, aut forsitam male de se merito, officium, & gratiam exhibeat: nec ex eadem ratione poterit exequi in præiudicium mandantis: nisi inter eos noua detur conuentio.

16 Et hinc † apparet, quare vtilitatis tantum gratia recipitur, vt per ignorantiam mortis mandatoris si mandatarius exequatur; actione mandati agere possit; ne videlicet iusta, & probabilis ignorantia illi damnum afferret, probat Imp. in d. §. recte, vers. item si, Inst. mandati, l. idemque, §. penult. ff. eodem; aliud quippe suadebat suprapositа iuris ratio.

Negotium tamen hic non modicum facessit I. c. Iulianus, in l. 4. ff. de manumiss. vindicta, dum inquit: *Si pater filio permiserit seruum manumittere: & interim decesserit intestatus: deinde filius ignorans patrem suum mortuum, libertatem imposuerit: libertas seruo fauore libertatis cōtingit, cū nō appareat mutata esse domini volūtas*; &c. vbi non ex generali Regula, qua vtilitatis gratia mandatum dicitur per mortem mādatoris non perire, si mandatarius ignorat: sed tantum fauore sui libertas valet, vbi glos. verbo, fauore, & Doctores communiter non aduertunt, licet fateantur morte mandatoris mandatum dissolui, quamuis mandatarius ignoret, quod & ego agnosco; sed cur hic solus fauor libertatis operatur, quod in d. §. recte, operatur publica vtilitas interueniente ignorantia mandatarij.

Verum omissa antinomia d. l. 4. cum l. quæsitum, vers. Iulianus, ff. qui & à quibus, vbi contrarium dicitur. Respondeo, quod ignorantia mandatarij consideratur, ad effectum consequendæ actionis mandati, ne ipsi damnum afferret, d. §. recte, Inst. mandati. Hæc autem ratio militat in eo, qui de suo expendit gratia mandantis: non ita in eo, qui manumittit seruum proprium mandatoris; & ob id manumissio facta post mortem mandantis ipso iure euanescebat; nec ignorantia mandatarij aliquid tunc operari poterat, quia nullū damnum patiebatur, ex eo, quod mandatum morte dissolutum esset, libertasque non competeret. Vnde fauor libertatis necessarius fuit, vt ignorantia mandatarij aliquid operaretur. Si vero vltra libertatem aliquid expenderetur à manumittente mandatario, qui ignorauit mortem mandantis; ad istius satisfactionem, non quidem specialis libertatis fauor, sed prædicta generalis regula actionem mandati produceret, immò, & vltra fauorem libertatis, & ignorantiam mandatarij, aliquid amplius requiritur in d. l. 4. vt statim ostendemus.

17 Libertas † autem, quæ competit in d. l. 4. est illa, quæ vindicta dicitur competere, de qua ibi agebatur: quæ plenissima erat, & ciuitate Romana donabat, Vlp. in fragmentis, tit. 1. §. 1. vbi Cuiac. ad quam concedendam necessarium erat plenum ius dominij in manumissore, vt inquit Vlp. in fragment. d. tit. 1. §. qui tantum in bonis, cum, §. seq. notat aliàs Franc. Connan. lib. 2. Comment. iuris, cap. 6. nu. 9. vnde, licet in d. l. 4. pater manumitti iubens dominus non esset (morte enim rumpitur dominium, Auth. de nuptijs, §. deinceps, collat. 4. bonus text. in l. 1. ff. de rerum diuis.) filius tamen dominus erat, vt innuit I. c. ibi: *Et interim decesserit intestatus*; &c. sic ostendens filium ipso iure hæredem factum, dominiumque in seruo manumittēdo nactum esse, argumento l. in suis, ff. de liber. & posth. quod clarius suadet Iulianus in eadem l. 4. §. 1. ibi: *Quoties manumittit seruum dominus, quamuis existimet alienum esse eum; nihilominus verum est, volente domino seruum manumissum esse, & ideo liber erit*; &c. Facit text. in l. cum ex falsis, ff. de manumiss. test. vbi propterea ex falsis codicillis libertas data sustinetur, quia à domino data est.

Vnde obiter colliges Iulianum, quem I. c. Paul. refert, & sequitur in l. quæsitum. vers. Iulianus. ff. qui, & à quibus. (ne aliàs sibi ipsi refragetur in d. l. 4. cuius etiam autor est) debere intelligi de filio, qui morte patris, ei hæres ipso iure ignorans non extitit, nec consequenter dominium in seruo manumittendo obtinuit: vel quia emancipatus erat, qui vt hæres esset, tam ex testamento, quam ab intestato, adire debebat, vt est recepta Bart. doctrina, in l. ventre præterito, vbi omnes, ff. de acquir. hæred. sequitur Lusitanus Costa, in repet. §. cum in bello, verbo, bona vendicaret, nu. 2. vel quia exhæredatus. (non loquor de filio in potestate in re certa instituto, quia tunc temporis testamentum taliter conditum iniustum erat, & filius ab intestato, ipso iure hæres, & dominus fiebat, vt latè, ac eleganter, vt solet, comprobat Costa, in cap. si pater, 1. par te, verbo, in re certa, à nu. 4. cum seqq.) vnde

dictum

dictum seruum vindicta manumittendo nihil agebat: nam tunc, nec pater, qui mandauerat, dominus erat, quia mortuus: non filius mandatarius, quia non hæres, aut non hæres ipso iure: & ita deficiebat dominium, quod in manumissore omnino requirebatur, vel in mandante, & quod hæc fuerit mens Iuliani, & Pauli in d.l. quæsitum, vers. Iulianus, ex eo colligitur, quod ibidem omnino tacet, patrem intestatum decessisse: quod tamen expressit in d. l. 4. non quidem de facti contingentia, sed ad terminos decisionis.

Et hinc subinfertur, quod in terminis d.l. quæsitum, vers. Iulianus, seruus ille, non solum non manet manumissus vindicta, sed omninò non liber: vt patet, ibi: *Non fieri eum liberum*, &c. vbi omnimoda libertas negata videtur, atque colliges, quod qui suscipit mandatum serui alieni manumittendi, si tempore quo manumittit, dominus est mortuus, & mandatarius ignorans ipso iure eiusdem dominium non adipiscitur, libertas nullatenus competit, tunc enim libertatis fauor contra regulas manumissionum, & mandati, & in præiudicium hæredum non manumittentium, quidquam nō valet operari, vt intendit d. l. quæsitum, vers. Iulianus, in alijs autem, quæ à mādatario ignorante facta, infecta haberi nequeunt, aliud dicendum erit, & ita maneat non contemnenda conciliatio inter d. l. 4. ff. de manumiss. vind. & d.l. quæsitum, vers. Iulianus, ff. qui, & à quibus, quæ alias apertè pugnare creduntur.

18 Vt igitur † reuertamur, vnde digressi sumus, prædicta ratio, ob quam mandatum morte finiri diximus, adeo vera est, vt nec pacto fieri possit, vt mandatum post mortem porrigatur, vt aperit I.c. in nostra l. vlt. in 2. responso, ne per indirectum contra naturam actus eatur. Sicut alias diximus, societatem, quæ morte cuiusuis ex socijs finitur, §. soluitur, Inst. de societate, cum similibus: non posse pacto vltra mortem prorogari, l. adeo, l. nemo, ff. pro socio. Nec obstat d. §. soluitur, ibi: *Nisi in coeunda societate aliter conuenerit*; &c. quia debet intelligi, per glos. ibidem, verbo, conuenerit, quæ verissima est, quam sequuntur Balduin. & Hottoman. ibi, Connan. lib. 7. Comment. cap. 11. nu. 16. Duar. in tit. de societate, cap. 3. Gratus, consl. 16. a nu. 7.

19 Et quod † non debeat natura actuum ciuilium, quæ iuris publici est, priuatorum pactionibus immutari, probat eleganter Vlp. in terminis societatis, in l. cum duobus, 52. §. idem respondit societatem, ff. pro socio, dum inquit: *Idem respondit, societatem non posse vltra mortem porrigi: & ideo nec libertatem de supremis iudicijs constringere quis poterit, vel cognatū vlteriorem proximioribus præferre*; &c. nam omisso glossæ intellectu ibidem, verbo, ideo: omissa indem expositione Iacobi Cuiacij, lib. 10. Obseruat. cap. 25. vtpote, quia cum societate non cohærent verba illa, *& ideo*, &c. & præsertim illa, *vel cognatum vlteriorem*, &c. nam partes non conueniebant de faciendo certo hærede, in quem societas transiret, nec id ex text. colligitur; sed tantum agebatur vt societas, morte non solueretur, sed vltra porrigeretur ad quosuis hæredes, & si de prorogatione societatis in certos hæredes ageretur, ob idque frangi libertatem supremi iudicij ostenderet intenderet I.c. (vt considerat Cuiac. d. cap. 25.) non apte dicit, *& ideo* &c. sed potius diceret, *Quia nec libertatem*; &c. sed profecto I. c. ibidem non assignat rationem præcedentis decisionis, sed potius ex ea infert ad alia.

Vnde mens Papiniani ab Vlp. relati in d. §. idem respondit, ea fuit, vt cum certo sciret societatem morte dissolui: nec pactione fieri posse, vt vltra mortem protenderetur, d. l. adeo, ff. pro socio, volens assignare rationem ob quam vltra mortem societas pactione non porrigatur; causatur legalem naturam societatis, quę quidem Papiniani ratio supprimitur in d. §. idem respondit, & manifestè colligitur ex illatione, quam facit ibi: *& ideo*; &c. quasi dicat, cum natura societatis sit, ne porrigatur vltra mortem, idque ius introduxerit: priuatorum conuentiones nihil poterunt in contrarium operari: & inde sequitur, quod etiam priuatorum pactiones nihil immutabūt de libertate supremi iudicij, ob naturā illius, quæ ex dispositione iuris liberè deambulat vsque ad supremum vitæ exitum, l. 4. ff. de adim. legat. nec etiam legitimus ordo successionis ab intestato, præferendo cognatum vlteriorem proximiori, ijsdem pactionibus poterit inuerti. Vnde à simili posset inferri ad nostros terminos, quod videlicet, cum natura mandati sit, vt morte dissoluatur, nec etiam pactione vltra porrigi poterit, vt argumentatur nostra l. vlt. in 2. responso, ne per indirrectum ciuilis natura actus frangatur.

20 Non eo † tamen inficias, quod si in societate conueniat, vt sit certus hæres, ad habilitanda requisita societatis, & ita vltra mortem porrigatur; etiam talis conuentio sit inualida, ex ratione glos. d. verbo, ideo, in d. §. idem respondit, & Cuiacij, d. c. 25. quamuis denegem id deduci ex d. §. idem respondit; Vnde etiam aduerterem, quod si in forma mandati partes de certo hærede conuenissent, cui etiam mandatarius esset amicitia coniunctus, & officio teneretur, adhuc talis pactio, vt mandatum ita vltra mortem porrigatur, inutilis esset, ne per indirectum supremi iudicij libertas frangeretur.

21 Tandem, quod † mandatum non possit vltra mortem porrigi, ex eo suadetur: quia naturalia actus non possunt immutari, aut tolli, quin vel actus corruat, vel alius censeatur celebratus, vt probat §. de illa, Inst. de societate, ibi: *Contra naturam societatis talem pactionem esse existimauit; & ob id non esse ratam habendã*; &c. text. in l. cum manu sata, §. vlt. ff. de contrah. empt. est enim de natura emptionis, & venditionis, vt dominiũ possit acquiri emptori, vt alios referens tradit patruus meus Arius Pinellus, in Rubr. C. de rescind. vend. 2. parte, cap. 3. nu. 16. & propterea inter modos acquirendi dominium numeratur, §. venditæ, Inst. de rerum diuis. & inde est, quod si venditor dominus est, statim dominium transfert in emptorem: sin minus, vsucapiendi conditionem, qua mediante emptor dominus fit. l. clauibus, ff. de contrah. empt. non autem dico, quod dominium semper, & omnino in emptorem transferatur; id enim nec est de substantia, nec de natura venditionis, vt patet ex l. rem alienam, ff. de contrah. empt. sed tantum, quod possit transferri; & ita cessant, quæ ex multis contra inductionem d. l. cum manu sata, §. vlt. considerat Vallascus Lusitanus, I. c. in tract. de iure emphyt. q. 19. nu. 2. Vnde pactũ contra potentiam translationis dominij, vtpote contra naturam venditionis, non valet, vt eleganter decidit I. c. in d. §. vlt. dum inquit: *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat: sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus*. Ex quibus colligitur, quod cum natura mandati sit, vt morte dissoluatur, pacto immutari nequit, manente mandato.

22 Ceterum obstant † plura, quibus probari videtur naturalia contractuum alterari posse, actu ipso illæso manente; & in primis, text. in l. emptorem. §. vlt. ff. de actionibus empti, vbi dicitur, posse remitti actionem de euictione, quam cõstat esse de natura venditionis, dein text. in l. 1. & l. 2. C. de iure emphyt. vbi Imp. Zeno, postquam naturalia emphyteutici contractus proposuit, statim subiungit, hęc ita obseruari, nisi aliter à partibus conuentũ fuerit; quia hoc seruandum dumtaxat est. Quibus & multis alijs, quæ maiorem vim non faciunt, ita tenuerunt repetentes, in l. pacta conuenta, ff. de contrah. empt. vbi Berengar. Fernand. Mudeus, & alij, Fancisc. Curtius iun. in tract. feudorum, 1. parte, cap. 7. nu. 30. ad fin. Porcius, in §. præterea, num. 4. Inst. quibus modis &c.

Et quamuis in hac materia, generalem aliquam regulam, vel doctrinam constituere nõ audeat, & constitui non posse audenter dicat doctissimus noster Lusitanus Vallascus, d. tract. de iure emph. quæst. 19. nu. 7. ego tamen ita resoluendum puto: quod aut naturalia contractus a lege sunt diffinita simpliciter, & absolutè: aut in defectum priuatæ conuentionis, quam, si interueniat, voluit lex pro natura contractus haberi.

In primo membro assero, pactum contra naturalia contractus, qui geritur, nullius momenti esse, nec actum manere, prout geritur, quidquid dicant supra relati Doctores: nam cum supponamus, esse absolutè, & simpliciter naturalia actus, quæ tunc parum differunt à substantialibus (hæc enim essentiam rei constituunt, illa essentiam comitantur) priuatorũ pactio nihil poterit immutare; sed, vel sustinebitur actus, irrito effecto pacto, vel actus ipse corruet, vel tandem alius censebitur celebratus; & ita procedit d. l. cum manu sata, §. vlt. ff. de contrah. empt. §. de illa, Inst. de societate, & cum constet naturam simplicem, & absolutam mandati esse, quod morte dissoluatur, conuentio partium in contrarium, nihil obtinebit, nostra l. vlt. in 2. responso, ff. de solutionibus.

23 In secundo † verò membro, priuatorum pactiones seruabuntur eodem actu manente: non quod valeant contrà naturalia actus, sed quod naturalia aliàs assignata tunc cessent, priuatis aliter disponentibus: nam hæ priuatæ conuentiones vicem naturalium subibunt; & ita procedit l. 1. §. si cõueniat, ff. depositi. & d. l. 1. & l. 2. C. de iure emphyt. vt ad illas elegãter alias aduertit Vallasc. d. tract. de iure emphyt. q. 4. n. 3. & ita etiam intelligitur text. in l. diem proferre, §. 1. ff. de arbitris. cum multis alijs.

Ex quibus † colligitur, quod priuatæ pactio-
24 nes in conflictu cum naturalibus actus, qui geritur, nequaquam naturalibus derogant: sed vel actum ruere, vel alium manere. Nec obstat l. emptorem, §. vlt. ff. de act. empt. non enim dicit, simpliciter posse renunciari actioni de euictione, quatenus continet pretij dati repetitionẽ, sed tantum quatenus continet interesse, vltra datum pretium; in quo quidem pugnat pro nobis: nam naturale venditionis est, vt re euicta pretium repetatur, & ob id conuentio partium non potest aliter statuere, d. §. vlt. ibi: *Et si apertè in venditione comprehenditur, nihil euictionis nomine præstitum iri: pretium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi*. &c. interesse autem, & vtilitas, quæ quodammodo debetur ex tacita conuentione partium, potius quid accidentale, quam naturale contractus illius est: vnde nihil mirum, quod possit contraria conuentione tolli.

25 Constat igitur, mandatum † morte dissolui, nec vltra porrigi vlla conuentione posse, ex ijs, quæ prædiximus.

Ad-

Aduertendum tamen est, quod si post mortem mandantis possit respectu eiusdem considerari specialis aliqua gratia, bene poterit túc mandatum vltra mortem porrigi. quo casu magis operatur actus natura, quam pactio; exempli gratia, si agatur de negotio respicien te cadauer mandantis, & illius memoriam; nam cadaueri potest fieri iniuria, vt probatur ex l. 1. vers. & si forte, ibi: *Cadaueri defuncti fit iniuria*, &c. & vers. quoties, ibi: *Quoties autem funeri testatoris, vel cadaueri fit iniuria*, &c. & ibi: *Iulianus scribit, si corpus testatoris ante aditam hæreditatem detentum est*; &c. ff. de iniurijs; & ob id dicebat Ripa, in l. vlt. num. 38. C. de reuocand. donat. quem sequitur Hispanus Molina, lib. 1. de primogen. cap. 9. nu. 45. quod donatarius, qui defuncti donatoris memoriæ, vel cadaueri facit iniuriam, manet indignus donatione, fisco postea applicanda; quam iniuriam, licet agnoscat Lusitanus Petrus Barbosa, in l. si ab hostibus, §. vlt. nu. 13. ff. soluto matrim. non ob id tamen donationem auferendam putat. Et generaliter, mortuo iniuriam irrogari posse, tradit Decius, in l. 2. num. 12. cum præced. C. qui testam. facere poss. & omnes communiter admittunt.

26 Cum igitur † iniuria fieri possit memoriæ, & cadaueri, v. g. in non sepeliendo, iuxta d. vers. quoties, & ea, quæ tradit Ioannes Garcia Tract. de expensis, cap. 8. num. 5. Per contrarium poterit considerari gratia, & amicitia in sepeliendo, iuxta illud Regum 2. cap. 2. ibi: *Benedicti vos à domino, qui fecistis misericordiam hanc cum domino vestro Saul, & sepelistis eũ*; &c. Faciunt, quæ tradit Spino. de testamentis, gloss. 2. in princip. num. 2. latè Hispanus etiam Pichardo, in §. cum autem, à num. 5. Inst. de lege Falcid. elegantissimè Petrus Faber lib. 2. Semestrium, cap. 1. à medio, vsque ad finem; & id tradiderat Vlp. in l. at si quis, 14. §. sed interdum, ff. de relig. & sumpt. funer. ibi: *Vtrum negotium quis vel defuncti*, &c. vbi in funerando adhuc negotium defuncti dici potest. Vnde, cum adhuc post mortem in his terminis possit considerari respectu defuncti mandatoris, gratia, amicitia, officium, ac negotium, bene poterit mandatum vltra mortẽ tunc porrigi; & sic procedit Vlp. in l. si verò non remunerandi, 12. §. vlt. ff. mandati, dum inquit: *Idem Marcellus scribit, si vt post mortem sibi monumentum fieret, quis mandauit, hæres eius poterit mandati agere*; &c. Cuius decisionis ratio est: quia cum monumentum habeat respectum ad cadauer, & memoriã mandantis, circa quæ post mortem potest considerari gratia, officium, & negotium ex parte mandatarij, bene tunc poterit mandatum vltra mortem porrigi; cessat enim in his terminis ratio prohibitionis, de qua supra latè egimus, ob quam mandatum non poterat vltra mortem protendi.

27 Et hinc † etiam ab speciali probatur, nulla conuentione fieri posse, ut mandatum post mortem duret. Nec iam obstabit l. idem est, 13. ff. mandati, vbi ita scribit Caius, *Idem est, & si mandaui tibi, vt post mortem meam hæredibus meis emeres fundum*. Quibus verbis apertè ostendit, mandatum porrigi vltra mortem mandatoris: nam occurrendum est, quod quã do dicimus, mandatum non posse vltra mortem porrigi, intelligimus de eo, quod fit gratia mandantis, ne mandatarius cogatur in dubio gratiã, & officium respectu vnius initum, erga ignotos, & forsan de se male meritos exercere. At in d. l. idem est, statim ab initio mandatum emanauit respectu hæredum (quæ hæredum mentio mortem præsupponit mandatoris, iuxta l. qui superstitis, ff. de acquir. hæred. l. 1. ff. de hæred. vel act. vend.) & in eorum gratiam, ac fauorem; quàmuis interim sint incerti, argumento text. in §. hoc amplius, Instit. de rer. diuis. constat enim tunc mandatum iuris censura, quasi à futuris hæredibus fieri, & ideo in terminis d. l. idẽ est, puto hæredes mandatoris re integra mandatum reuocare posse, quasi ipsi mandassent, & idem dicendum esset in d. l. idem est, quamuis in ea non fieret mentio mortis mandatoris: tum, quia mentio hæredum id supponit, vt notauimus: tum vel maximè, quia mandatum ibi non tam sustinetur, quasi post mortem mandatoris porrectum, quam quasi ab hæredibus inceptum.

28 Nec obstat † primò regula l. si pactum, 9. ibi: *Quia plerumq; tam hæredibus nostris, quam nobismet ipsis cauemus*. ff. de probationibus, constat autem ex relata l. idem est, quod specialiter possumus emittere mandatum in fauorem hæredum, ergo idem dicendum in dubio videbatur, quando vltra mortem mandatum simpliciter porrigitur. Respondendum etenim est, præfatam regulam limitari in actibus, qui suaptè natura non sunt transmissibiles ad hæredes, vt notat glos. vltima, ibidem, & communiter Doctores, & sat innuit I.c. dum vtitur verbo, *plerumq;*, quod multoties regulam limitari demonstrat, quamuis pluries obtineat, vt probat l. plerumq; 10. ff. de iure dot. l. nec in ea, 22. §. vlt. ad fin. ff. ad legem Iul. de adulter. cum alijs. At d. l. idem est, propterea asserit, mandatum, de quo ibi, hæredibus prodesse, quia ab ipsis factum creditur, non verò à defuncto transmissum.

29 Nec † tandem obstat similitudo societatis, quæ, vt supra notauimus, non potest celebrari pro heredibus: nam licet verum sit, quod sicut societas nõ potest pacto porrigi vltra mortem

cuius-

cuiusuis ex socijs; ita nec mandatum vltra mandatoris; & sicut in societate non potest conuenire super certo hærede, ita nec in mandato super certo hærede; ne libertas supremi iudicij frangeretur, vt notarunt multi, ex l. cũ duobus, §. idem respondit, ff. pro socio, quos supra citauimus. Attamen quando mandatum à principio fit gratia hæredum, quicunque illi fuerint, maximè differt à regulis societatis, propter disparitatem rationis: nam societas requirit industriam, & consequenter personam certam: cum socio superstiti, maximo detrimento esse possit quilibet socius superueniens, ignotus, & minus industrius. At in mandato respectu hæredum incertorum, nullum mandatarius damnum patitur; immo dumtaxat gratiam exercet.

30 Videamus† interim, ad quam nam speciem mandati pertineat hoc, quod gratia hæredum post suam mortem mandator exequi iussit? & inter alia mandatorum genera, de quibus I.c. in l. 2. ff. mandati, tria sunt, ad quorum quoduis debet referri hoc, de quo agimus. v. g. vel *mea gratia*; vel *aliena*; vel *mea, & aliena simul*. Ex supradictis colligitur, non posse esse *mea gratia* tantum; quia aliàs post mortem meam finiretur negotio adhuc integro. Deinde non *aliena* tantum; non enim potest quis mandare, vt post mortem suam aliquid aliena gratia fiat; iam enim tunc temporis extincta est persona, cui primò, & principaliter officiũ, & amicitia præstabatur, iuxta supra dicta. Restat igitur, vt censeatur mea, *& aliena gratia*, initum. Dixi (*mea*); quia quodammodo in hæredibus viuimus, dum ab illis repræsentamur, iuxta Auth. de iureiur. in princip. collat. 5. & quia mea contemplatio à parte rei per mortem erat extincta, subiunxi, *aliena*, vt ita censeretur mixta consideratio personarũ; in quo tamẽ datur specialis prærogatiua, quod quamuis mandatum gratia nostra, & aliena celebratum, non possit simpliciter post mortem conferri, iuxta supradicta: nihilominus tamen hoc, quod gratia hæredum fit, vltra mortem porrigatur; quasi personæ hæredum per anticipationem fictionis (qua mandatorem referunt) mandare credantur.

Ex quibus ad interpretationem d. l. idem est, dictis colligitur Prima limitatio ad nostrã l. vlt. in 2. responso, ne procedat, quando simpliciter mandatur negotium hæredum.

31 Non † obstat deinde nostræ resolutioni Iulianus I.c. in l. mortis causa, 18. §. Titia, ff. de donat. causa mort. vt supra in initio obiecimus, & ponderauimus; vbi mandatum post mortem mandatoris exequendam vires habuisse supponitur.

Etenim, vt Vlpianus quoque tradit in l. 3. ad finem, ff. de liber. legata, (vbi Iulianum refert, & sequitur) quando quis causa mortis donaturus tradit chirographa alicui, eadẽ post mortem reddituro debitoribus ex mandato donantis: non quidem mandare post mortẽ, sed quodammodo legare liberationem videtur; cum donare causa mortis intendat: & ex Iuliani sententia donationes causa mortis legatis annumerentur, vt probat l. Marcellus, §. vlt. iuncta epygraphe, ff. de donat. caus. mort. idque testatur Iustinian. in Auth. de donat. causa mort. in princip. collat. 6. aduertit Eduardus Caldeira lib. 4. var. lect. cap. 2. nu. 1. sentit Vlpian. in d. l. 3. dũ pro regula tradens liberationem posse legari; subiungit casum donationis causa mortis, quasi etiam liberatio donari causa mortis possit, & vim fideicommissi contineat. Vnde in d. §. Titia, non ex viribus mandati executioni post mortem traditi, hoc est, ex redditione chirographorum, competit debitori exceptio contra hæredem defuncti petentem debitum; sed potius ex voluntate defuncti causa mortis donantis: & ideo constito de voluntate, idem effectus resultaret, quamuis chirographi redditio post morte non mandaretur.

Ex quibus colligitur secunda limitatio ad nostram l. vlt. in 2. responso, ne procedat, quando mandatum vltra mortem porrectum, non quatenus mandatum, sed quatenus species vltimæ voluntatis, exitum habet, & ita procedit d. §. Titia, dum agit de remissione debiti per donationem causa mortis; licet chirographi redditio post mortem fieri mandetur, & innuit ibidem Imola, nu. 6.

32 Huic † tamen interpretationi d. §. Titia, maximè refragatur text. in l. cum pater, 77. §. Mæuio, ff. de legatis 2. vbi ita scribit Papinianus. *Mæuio debitori suo reus stipulandi mandauit, vt Titio cui mortis causa donabat, pecuniam debitam solueret. Cum sciens dominum vita decessisse Mæuius pecuniam dedisset, non esse liberationem secutam constitit; nec si Mæuius soluendo non esset, in Titium actionem solidi, vel iure Falcidiæ dandam esse: quia mortis causa cepisse non videretur. Diuersum probandum foret, si Mæuius ignorans dominum vita decessisse, pecuniam errore lapsus dedisset, tunc enim portio iure Falcidiæ reuocaretur.* Vbi in terminis mandati emissi donationis causa, ca omnia seruantur, quæ aliàs in simplici mandato sunt constituta: vt videlicet mandatarius non nisi ignorans illud post mortem exequi valeat, contra id, quod notauimus ex d. §. Titia.

Glos. verb. donabat. in d. §. Mæuio, quam ibidem sequitur Imola, nu. 8. & reliqui ordinarij interpretes; propterea ibi ita decidi putat, quia mandatum simplex erat, & consequenter

quenter morte dissoluendum: secus, si vltra mortem mandatum porrigeretur.

Sed hæc interpretatio reijcienda est: tum quia ex dictis constat, mandatum, quod morte finitur, vltra pacto prorogari non posse: tum vel maximè, quia licet testator in terminis, & tempore d. §. Mæuio tale mandatum post mortem contulisset, nihil amplius operaretur, vt statim probabimus.

33 Vnde † pro vera interpretatione d. §. Mæuio, & conciliatione cum d. §. Titia, aduerte, quod ad effectum, vt donatio causa mortis attento tempore ff. valeret, etiam secundum opinionem Iuliani, qui eam legatis æquabat, vt diximus, requirebatur rei donatæ traditio, sentit Couar. in Rubr. de testam. 3. parte, nu. 14. Imola, in d. §. Mæuio, nu. 8. vbi glos. & reliqui ordinarij. Eduard. Caldeira, lib. 4. var. lect. cap. 2. nu. 3. ad finem, quamuis post constitutionem l. vlt. C. de donat. causa mort. instar legatorum omninò fit, ita vt non indigeat donatarum rerum traditione, vt ijdem Doctores tradunt; vel etiam tanquam quælibet aliæ donationes de iure nouo sustineatur sine traditione, iuxta nouam constitutionem in l. si quis argentum, §. vlt. C. de donat. lata Doctorum allegatione comprobat Mich. Crassus, in §. donatio causa mortis, quæst. 8. à principio, licet adhuc hodie vacillet Imola, d. numero 8.

34 Cum autem † in terminis d. §. Mæuio, summæ causa mortis donatæ traditio facta non esset, donatio omnino irrita efficiebatur; cum tempore mortis donatoris, à quo illa vires perfectè sumit, non extaret res donata penes donatarium. Vnde idem resoluendum erat, licet mandatum, de quo in d. §. Mæuio, ab initio etiam post mortem protenderetur, adhuc enim tunc aderat iuris dispositio, quæ eo casu frangebat donationem causa mortis, re inuita non tradita.

35 Nec † obstat text. in l. Miles ad sororem, 75. ff. de legat. 2. vbi idem Papin. ita scribit: *Miles ad sororem, epistolam, quam post mortem suam aperiri mandauit, talem scripsit: scire te volo donare me tibi aureos octingentos, fideicommissum deberi sorori constituit*, &c. vbi testator vtitur verbis donationem denotantibus, cum mentione mortis, & ita videbatur inducta donatio causa mortis, argumento l. mortis causa, 18. §. Titia, ff. de donat. causa mort. & tamen valuit absque traditione summæ donatæ, ergo, &c. Nec id ad priuilegium militare referendum est; cum similiter decidat in paganis id Papin. in d. l. cum pater, §. donationis prædiorum, ff. eodem tit. & innuit text. in d. l. miles, ibi: *Nec aliud probandum in cuiuslibet suprema voluntate*; &c. vbi ex Azone ita notat ibidem glos. verbo, nec aliud, cum seq.

Respondeo igitur, ibi non fuisse ortam dubitandi rationem ex verbis donationem redolentibus, sed potius ex eo, quod referrentur ad eundem honoratum; an videlicet id impediat, quo minus fideicommissum intelligatur? & negatiue respondet ibidem, & in d. §. donationis prædiorum, vbi similem excitauit quęstionem. Cur igitur supponit tanquam certum, ex prædictis verbis fideicommissum nasci, non vero donationem causa mortis? vt in d. l. mortis causa, §. Titia, Respondeo, id ex eo prouenire, quia testator contulit suam dispositionem in scripturam, quam post mortē suam aperiri mandauit, in quo visus est condere speciem vltimi elogij, videlicet fideicommissum. Nec verbum donationis, repugnat, cum etiam legatum, & fideicommissum respiciat, §. 1. Inst. de legatis, notat Imola, in d. l. miles, nu. 2. & reliqui. At in d. §. Titia, testatrix manifesta forma donationis causa mortis vsua est, vt patet ibi: *Et rogauit eam, vt si ea decessisset, illis daret: si conualuisset, sibi redderet*; &c. iuncto §. 1. Inst. de donationibus.

36 Illud tamen † obiter colhges ex d. l. miles, & d. §. donationis prædiorum, quod licet species aliquot vltimarum voluntatum sub forma mandati tegantur, vt patet in d. l. miles, ibi: *Quam post mortem suam aperiri mandauit*; &c. & in d. §. donationis, non proinde tamē est, nec dicitur mandatum vltra mortem porrectum: sed potius fideicommissum, vel quidquid à parte rei est.

37 Constat † igitur in d. l. cum pater, §. Mæuio, ff. de legat. 2. propterea non valere donationem causa mortis, quia dum testator vixit, summa donata tradita non est, vt requiri probauimus. At in d. l. mortis causa, 18. §. Titia, ff. de donat. & in d. l. 3. ff. de liberat. legata, propterea valuit, quia agebatur de remissione debiti, quo tenebatur donatarius, & ita traditio non requirebatur. Redditio autē chirographorum solum probabat volūtatem remittentis, non verò principaliter operabatur validitatem donationis causa mortis: quæ in his terminis sola acceptatione confirmabatur.

38 Vnde † cum hodie donatio etiā causa mortis ad sui validitatem non requirat traditionē, vt probant quos supra citauimus; iam non procedet d. §. Mæuio, immò, donatio causa mortis, de qua ibi, omninò valebit; vt aliàs decisum erat in d. §. Titia, quem explicauimus.

39 Mirum † tamen est, quod in terminis d. §. Mæuio, si solutio fiat donatario per mandatarium ignorantem mortem donatoris mandantis defuncti, sustineatur tunc donatio causa mor-

ſa mortis; mouet dubitandi rationem, quod ſolutio per ignorantem mandatarium facta, non inducit donationem cauſa mortis, ſed inductam confirmat; ergo donatio durabat adhuc, & conſequenter etiam ſciente mandatario facta ſolutio, illam perficiet, argumento l. fundi, 33. §. 1. ff. de aequir. poſſeſſ. & ita notat Imol. in d. §. Mæuio, num. 8. vltra alios ibidem.

Ceterum reſpondetur, longam dari differentiam inter vtrumque caſum: nam, licet vtrobique conſtet de voluntate defuncti, propterea tamen ſolutio per ignorantem mandatarium facta, perficit donationem, quia cum ipſe mandatarius rectè exequatur mandatum, quod non putat extinctum, omnia ita manēt, ac ſi mandatum ritè impleretur, §. rectè, Inſt. mandati, cum ſimilibus. Vnde nihil mirum, quod in terminis d. §. Mæuio, donatio cauſa mortis teneat: cum mandatarius ignoranter ſoluens, liberetur ab obligatione, qua tenebatur, vel regreſſum habeat ad hæredes mandantis, ex ratione d. §. rectè, & donarius ſecurus manet, quia pro ſe habet voluntatem defuncti (quæ quidem non reuocauit mandatū, vt perperam opinantur Doctores in d. §. Mæuio, vbi Imol. d. nu. 8. alioquin non ſubſtiteret donatio, nec ignorantia mandatarij ei prodeſſet) & ita contra hæredes defuncti ſe exceptione tuetur; ſolumque tolerabit detractionem Falcidiæ, vt inquit d. §. Mæuio. At quando mandatarius ſcit mortem mandatoris donantis, & nihilominus ſoluit: cum ſciat, vel ſcire debeat mandatum eſſe extinctum: nec liberatur ab antiquo debito, quo tentus erat, nec obligat hæredes mandantis: & ideo merito inquit text. in d. §. Mæuio, quod dicti hæredes agere poſſunt contra mandatarium ex antiqua obligatione, qua muis ſoluerit. Nec enim excuſari poteſt ex eo, quod hæredes tenerentur donationem explere, etenim replicatur, hæredes nulla actione teneri ad tradendam ſummam donatam, cum hoc tempore quælibet donatio eſſet pactum nudum, ſolamque retentionem, & exceptionem producere poſſet, quando traditione rei veſtiebatur: & conſequenter apparet nullum negotium hære dum à mandatario geſtum eſſe. Et inde eſt, quod ſi mandatarius ſcienter ſoluens, aliàs nō ſit ſoluendo pro antiqua obligatione, hæredes adhuc non poterunt agere aduerſus donatarium ad repetendam totam ſummam ſolutam, quia tunc videtur capere ex ſimplici donatione mandatarij, vt inferius notabimus. Nec itidem ad detrahendam Falcidiam, vt ſubiungit d. §. Mæuio, ibi: *Nec in Titium actionem ſolidi, vel iure Falcidiæ dandam eſſe*; &c. Rationem reddit Papin. ibi: *Quia mortis cauſa cepiſſe non videretur*; &c. Secundum quę ceſſat admiratio gloſ. verbo, reuocaretur, in d. §. Mæuio, quatenus videt donationem cauſa mortis ſuſtineri ibidem ex ignorantia mandatarij, ſic limitata regula l. iniquiſſimum, ff. de iuris, & facti ignor. quia ex dictis conſtat ignorantiam mandatarij non prodeſſe principaliter donatario, ſed in conſequentiam: nam cum mandatarius ignorans liberetur ab antiqua obligatione, vel obliget hæredes mandātis (iuxta §. rectè, Inſt. mandati, cum vulgaribus) & hæredes non poſſint repetere à donatario, qui habet pro ſe voluntatem donantis iuxta ſupra dicta, merito indirectè, & in conſequentiam donatario prodeſt ignorantia mandatarij.

40 Hic obiter † quærendum eſt, an mandatarius ſcienter ſoluens in terminis d. l. cum pater, §. Mæuio, ff. de legatis 2. poſſit repetere à donatario; ſi quidem non liberatur ab antiqua obligatione, qua tenebatur? & reſolutiue dicendum puto, non poſſe: quia cum ſcienter ſoluit, quod ſoluere non debet, donare prę ſumitur, iuxta regulam l. cuius per errorem, ff. de regulis iuris, quod innuit text. in d. §. Mæuio, dum inquit, quod etſi mandatarius non ſit ſoluendo, non poſſunt hæredes mandatoris repetere à donatario; eleganter notat Imola, ibidem, d. nu. 8. quod tamen text. non diceret ſcilicet mandatarium non eſſe ſoluendo, ſi potuiſſet repetere à donatario. Quod declara, niſi per ignorantiam iuris mandatarius ſoluerit; tunc enim repetet, per text. in l. error facti, verſ. vlt. ff. de iuris, & facti ignor. ibi: *Ceterum omnibus iuris error in damnis amittendæ rei ſuæ non nocet*; Notat in terminis gloſ. verbo, dandam, in d. §. Mæuio, vbi Imola, nu. 9. & reliqui.

41 Non † obſtat tertio principaliter text. in l. furti, 6. §. vlt. ff. de his, qui notantur infamia, vt ſupra in initio ponderauimus: nam in primis text. loquitur de hærede mandatarij, non verò de hærede mandantis, cum mandans, & eius hæres, ſolo contrario iudicio conueniri poſſint, l. ſi non remunerandi, §. contrario iudicio, ff. mandati. At qui contrario iudicio damnatur, non notatur infamia, d. l. furti, §. vlt. verſ. vlt. Cum igitur d. §. vlt. loquatur de hærede mandatarij, ſupponendum eſt, mandatarium inchoato nondum perfecto negotio deceſſiſſe; quo caſu eius hæres complere tenetur, & tunc ſi hæres in complendo doloſè verſatus ſit, ſit infamis, vt inquit d. §. vlt. & quod in his terminis loquatur, ex eo facile ſuadetur: quia text. ſimplicem facit mentionem mandati, & regula re eſt, quod re integra morte diſſoluitur, §. rectè, Inſt. mandati. Nec obſtabit idem text. in §. vlt. verſ. non tamen, vbi

vbi excipit hæredem tutoris,& socij,ex ratione, quam subijcit ibi: *Quia hic hæres, nec in tutelam, neque in societatem succedit;* &c. quasi differentiam constituat inter hæredem mandatarij, & inter hæredem tutoris, & socij, differentiam etenim agnoscimus;non quidem generalem, (quia etiam mandatum re integra ex parte mandatarij finitur, l. si quis alicui, §. morte, ff. mandati.) sed in terminis, de quibus supra, videlicet, quando negotium cœpit fieri à mandatario, tunc enim eius implementum transit in hæredem: at tutela, & societas, nullo modo in hæredes traducitur.

42 Non obstat † quartò principaliter argumentum deductum ex l. fundi, 33. §. vlt.ff.de acquir. possess. vt videlicet sicut ibi morte nō finitur simplex mandatum; à fortiori non dissoluatur, quod ab initio vltra mortem ex conuentione porrigitur: nam pro responsione in primis indaganda obiter est interpretatio d. l. fundi, §. vlt. vbi ita scribit Pomp. I. c. *Item si amicus venditoris, mortuo eo prius quam id sciret, aut non prohibentibus hæredibus id fecerit; rectè possessio ei tradita est., sed si id fecerit, cum sciret, dominum mortuum esse: aut cum sciret hæredes id facere nolle: contra erit:* vbi Bart. Paul. & reliqui notarunt, mandatum morte mandantis non finiri, si proueniat ex causa necessaria; innumeros, per quos est communis sententia refert, & de communi testatur Couar. practicarum, cap. 11.nu.1.

Verum hæc communis conclusio ab eodem fonte refellitur, vbi Pomp. vt mandatum omnino non expiret, apertè requirit, vt mandatarius ignoret mortem defuncti: aut si illam resciuerit, quod non prohibeant hæredes, cum sciant, & videant, mandatum defuncti executioni tradi. Atque ita scientia, patientia, ac voluntas hæredum id potius tacitè, & principaliter concedit suadente necessitate causæ, quam ipsa causæ necessitas. Quod adeo verum est, vt si aliàs ipsa necessitas causæ sustineret mandatum, non distingueret Iurisconſ. an mandatarius ignorauerit, vel sciuerit mortem defuncti, vt maturè de more aduertit Couar. d. cap. vndecimo, numero secundo, qui contra communem etiam stat. Solum ergo ibi operatur necessitas causæ, vt mandatarius sciens mortem defuncti mandantis possit exequi, si hæredes sciuerint, & non prohibuerint, quod cessante tali causa necessitatis mandatarius efficere non poterat, nisi expressè hæredes ei commisissent, aut permisissent.

43 Vnde † ad argumentum supra positum respondeo, quod in ijs terminis,in quibus mandatum simplex post mortem aliqualiter sustinetur: in ijsdem possit ab initio ex conuentione vltra mortem prorogari, vt videlicet, si in dicta lege fundi, §. vltimo ab initio mandaretur, vt post mortem mandatoris possessio fundi venditi traderetur: ita demum mandatarius poterit, si hæredes scientes non prohibuerint. Quod generaliter intelligo in qualibet specie mandati, quod etiam simpliciter commissum speciali aliqua ratione per mortem non dissoluitur, vt in lege si defunctus, 15. ff. de procuratoribus, cum alijs, indeque colligetur alia declaratio ad nostram legem vltimam, in 2. responso, ff. de solutionibus.

44 Non † obstat quintò principaliter text. in lege si quis alicui, 27. §. 1. ff. mandati, vt supra in initio perpendimus: nam pro solutione aduerte in hoc textu celebrari contractum quendam innominatum,do, vt facias, sub forma mandati; vel mandatum irregulare, in quo dominus seruum tradit, & dominium transfert, vt mandatarius post mortem domini mandantis manumittat, & interim eo vt dominus fruatur, notat glos. ibidem, verbo, consistit obligatio, innuit Vlp. in lege quod autem, §. vltimo. ff.de donat. inter virum, & Imp. in lege cum proponas, 4. C. de dolo; Cum igitur mandatarius dominus manserit, nihil mirum, quod obligatio manumittendi, qua tenetur, possit vltra mortem mandatoris prorogari.

Sed refragatur primò eadem lex si quis alicui, §. primo, ibi: *Consistit obligatio mandati;* &c. vbi ostendit, mandatum, de quo ibidem, esse verum, & formale mandatum: & consequenter post mortem posse conferri.

Obstat deinde lex si hominem, ff. mandati, vbi in specie, qua mandator hominem dat, vt mandatarius statim manumittat; verum mandatum, & actio mandati resultat, ergo, &c.

Obstat tandem, quod in d. l. si quis alicui, §. 1. in 2. parte, conceditur serui repetitio, & mandati reuocatio, quod denotat verum mandatum,§. rectè, Instit. mandati, ergo in terminis dicti §. primi, verum mandatum extitit, dominiumque mansit penes mandantem; &c.

45 Ceterum † his non obstantibus, stat suprapostia interpretatio: nam ad primum respondetur, quod quidem in specie d. §. 1. actio mandati resultat, licet mandatum terminos ordinarios excedat, argumento l. Lucius, ff. depositi, vbi etiam in deposito, quando dominium rerum depositarum trāsfertur, I. c. non omninò denegat actionem depositi, & tamen ordinaria natura rei depositæ renuit dominij trāslationē,l.licet,verſ. rei depositæ,

ff. depositi; Similiter etiam responde ad d.l. si hominem, neq; inaduertenter dicas, ibidem dari simplex mandatum sine translatione dominij, cum seruus statim manumitti mandetur: nam in primis non est inutilis illa momentanea dominij translatio, immò illam aliàs considerat Vlpian. in l. quod autem, §. vltimo, ff. de donat. inter virum: ibi. *Tunc demum eius fiet, cum tempore impleto manumittere cœperit*; &c. deinde orietur difficultas quædam insedabilis, de qua inferius obiter agemus.

Non obstat tandem, quod repetitio serui detur: quia hæc non denegatur in contractibus respectiuis innominatis, per text. in l. si pecuniam, ff. de condict. causa data. conditio enim dominium supponit in reo conuento, l. vlt. in fine, ff. vsufructuarius quemadmodum caueat, §. sic itaque, Instit. de actionibus; quod à fortiori procedet in contractu, de quo agit d. l. si quis alicui, §. 1. quod saltem irregulare mandatum est, ex quo descendit potestas reuocandi, §. rectè, Instit. mandati.

46 Ex † quibus infertur primò notabilis declaratio ad nostram l. vlt. in 2. responso, ff. de solutionibus: vt videlicet, tunc possit mandatum vltra mortem mandatoris porrigi ex conuentione, si in aliquo alteretur, vel induat qualitatem aliquam alterius contractus innominati, cuius executio, vel implementum ex altera parte confertur post mortem mandantis.

47 Infertur † præterea conciliatio inter d.l. si quis alicui, §. 1. & d.l. si hominem, ff. mandati, cum l. 3. C. de indicta libert. toll. vbi manumissio per procuratorem fieri prohibetur: nam actus legitimus est, vt probatur ex l. actus legitimi, ff. de regulis iuris, ibi: *Mancipatio*; &c. sub qua manumissio continetur; actus autem legitimi per alium non possunt expediri, vt probat elegans regula, l. nemo alieno, ff. de regulis iuris. vbi notat Faber. Secundùm quam etiam intelligitur l. per procuratorem, ff. de acquir. hæredit. & ita nihil mirum, quòd dicat d. l. 3. manumissionem (siue vindicta, siue quolibet alio modo, nihil enim referre puto, notat etiam gloss. verb. vindicta, in d.l. 3. & à speciali probat l. 1. §. vlt. C. communia de manumiss.) non posse per procuratorem exerceri. At d. l. si quis alicui, §. 1. & d. l. si hominem, loquuntur de eo procuratore, siue mandatario, in quem dominium transformatur, vt ibidem notat gloss. d. verb. consistit obligatio, ad finem, qui tempore manumissionis non tanquam procurator, sed tanquam dominus manumittit; ex qua forsan ratione mouetur Vlp. in l. quod autem, §. vltimo, ff. de donat. inter virum, & vxorem, dum manumissionis causa inter virum, & vxorem donationem admittit: indeque colligitur mens Accursij in dicta lege 3. verb. per procuratorem, dum inquit per procuratorem in rem suam, benè posse seruum manumitti, cum talis procurator dominus constituatur in re illa. Rigor autem dictæ legis 3. non habebat olim locum, quando seruum patris filiusfamil. manumittere mandaretur, vt probat l. si pater, ff. de manumiss. vind. idq; quia quodammodo in vita patris dominus rerum paternarum creditur, l. in suis, ff. de liber. & posth. quod non solum hodie etiam seruatur, sed insuper ampliatur tam in filijs, quam in filiabus, cuiuscunq; gradus, tam in sacris constitutis, quam emancipatis: vt videlicet mádatum paternum de seruo manumittendo exequi valeant; cum iam æqua sit inter omnes successio, vt de nouo ita constituit Imp. Iustinian. in l. 1. §. vlt. ff. communia de manumiss.

48 Restat † denique, vt satisfaciamus nostræ l. vlt. in primo responso, ff. de solutionibus, dum videtur innuere, quod mandatum ex conuentione possit vltra mortem porrigi, ibi: *Et, qui mandato meo post mortem meam stipulatus est, rectè soluitur: quia talis est lex obligationis; ideoque inuito me rectè ei soluitur*; &c.

Pro cuius solutione prænotandum est, duobus modis potuisse concipi mandatum ad stipulandum post mortem; vel enim mandauit quis, vt post mortem suam stipularetur mandatarius; ita vt antea stipulari nequiuisset: vel mandauit, vt statim stipularetur, solutione post mortem dilata.

Quo præhabito, constat text. hic non loqui de prima specie mandati; quod apertè probatur, in primis: quia mandatum non poterat vltra mortem porrigi, vt apparet in 2. responso eiusdem text. & supra ostendimus. Deinde ex illis verbis: *Ideoq; inuito me rectè ei soluitur*: nam si mandatum post mortem conferretur, ita vt post mortem mandatoris stipulatio fieret: non rectè verificabantur præcitata verba; cum in uita, dum mandatum erat integrum, potuisset reuocari, & aliter celebrari, §. rectè, Inst. mandati, quod tamen text. hic inficiatur. Igitur in vita mandantis iam mandatum non erat integrum, & consequenter illius celebratio nó fuit collata post morté.

Manet igitur, quod mandatum de quo hic, fuit commissum, vt in vita mandatoris celebraretur stipulatio, solutione dumtaxat post mortem mandantis collata. Atque ita in effectu mandatum concipi debet. Mando tibi, vt nomine meo stipuleris abs Titio, centum,

centum, post mortem meam tibi dari, quo casu sine dubio valet mandatum, vt per Iasonē, in l. eius, qui. vers. placebat, n. 1. vers. nonò limita, ff. si cert. petatur, vbi glos. & Angel. ita tenuisse refert.

Nec obstant relata verba, ibi: *Ideoque inuito me rectè ei soluitur*. Quæ videntur significare, non solum mandatum celebratum fuisse in vita mandantis, sed etiam solutionem faciendam eodem tempore: aliàs frustra consideraretur repugnantia, & contradictio mandantis. Sed respondetur, dictam contradictionem mādantis solum considerari ad effectum, vt postquam contracta est obligatio in sola persona mandatarij, eidem solutio omninò fieri debeat tempore constituto, quamuis mandans aliter disponat, siue in vita, siue moriens in suo testamento: nam licet mandator dicat, vt post mortem facienda solutio, mandatario stipulanti sibi solui non fiat, adhuc ei fieri debet.

Supposito igitur, quod nostra l. vlt. in presponso, loquitur de mandato, quod in vita perficitur, collata tamen solutione post mortem mandantis: illa imprimis suboritur dif-
49 ficultas; quod † iam quis alteri stipularetur, contra regulam l. stipulatio ista, 38. §. alteri, ff. de verborum oblig. §. alteri, Inst. de inutilibus stipulat.

Pro solutione breuiter aduerte, stipulationem alteri factam tribus modis concipi posse. Primò, quando verba obligatiua, & executiua in tertium diriguntur, verbi gratia promittis Titio centum dare. Secundò, quando obligatiua diriguntur in stipulationem, executiua verò in tertium, verbi gratia promittis mihi dare Titio centum. Tertio tandem modo, quando verba obligatiua, & executiua diriguntur in stipulantem; sed id in vtilitatem alicuius tertij, & illius nomine, verbi gratia promittis mihi dare centum nomine Titij, de quibus latè Gabriel. lib. 3. commun. tit. de verborum obligat. Conclus. prima à num. 53.

50 Primo † modo nulla omninò concipi potest stipulatio, nec aliquem effectum operatur, cum absenti non quæratur verborum obligatio, qui stipulatus non est, iuxta l. 1. ff. de verborum obligat. nec item stipulanti, cui nihil promissum est, l. quæcumque gerimus, ff. de obligat. & act. tradit vltra alios Couar. in cap. quamuis pactum, 2. parte, §. 4. num. 9. Barbosa, qui plures refert, in l. quæ dotis, n. 136. ff. solut. matrimon.

51 In tertio † modo vtilis semper fuit stipulatio, nec in eo procedit dictus §. alteri, cum à parte rei, sibi quis dare stipuletur, probat lex demque, 10. §. si cui, ff. mandati, lex penultima, ff. de negot. gestis, Bart. in lege si ego, ff. de negot. gest. receptus ex Alciato, in dicta lege stipulatio, §. si stipuler, numero 19. Couar. dicto numero 9. Barbos. dicto num. 136.

In quo tertio modo stipulandi, obligatio simpliciter quæritur ei, qui nomine alterius stipulatur: ita, vt illi tantum sit solutio facienda, non verò ei, cuius nomine stipulatur: licet secuta ratihabitione eius, cuius nomine celebrata fuit stipulatio, ei directa negotiorum gestorum actio competat, vt vel liberet promissorem, iuxta dictā legem penultimam, ff. de negot. gest. & dicto §. si cui, vel vt sibi actionem cedat, aut cui voluerit, promissorem deleget, dictum §. si cui. Interim enim, dum delegatio non fit, volente debitore, in stipulante manet obligatio, illique tantum solutio fieri debet, inuito mandante, vel eo, cuius nomine gesta stipulatio est; & ita debet intelligi nostra lex vltima, in primo responso, ff. de solutionibus, ibi: *Ideoque inuito me rectè ei soluitur*; &c. dummodo tamen illi facta solutio, vel mandati, vel negotiorum gestorum actione (casu, quo mandatum non præcessit) repeti debeat per mandantem, vel ratum habentem, vel per ipsorum hæredes.

52 In secundo † modo, quando sola verba executiua in tertium diriguntur, procedit dictus §. alteri, vt probat Couar. d. §. 4. num. 9. Barbosa, in dicta lege quæ dotis, numero 136. ex eo, quia absenti, qui non contrahit, vel quasi contrahit, nulla potest quæri actio, vel obligatio, l. quæcumque, 10. ff. de obligat. & actionibus, nec etiam stipulanti, cuius nihil interest, ex ratione, quam Iur. consult. & Imp. subijciunt in dictis §§. alteri, versiculo inuentæ, vt latè per supra relatos Doctores. Naturalis tamen tunc quæritur stipulanti obligatio, ratione mutui consensus, notant ijsdem Doctores, Barbosa, dicto numero 136.

53 Obiter tamen † disputandum est pro materia nostri text. an in secundo modo stipulandi, de quo supra egimus, possit quis vtiliter mandanti stipulari? & videbatur affirmatiuè respondendum, ex ratione dictæ legis stipulatio, §. alteri, versiculo inuentæ, & dicto §. alteri, versiculo inuentæ, vbi decernitur quod alteri facta stipulatio valet, quando interest stipulatoris, ad effectum, de quo glossa, verbo, fieri, in dicta lege stipulatio, §. si stipuler, vbi Alexander, numero 2. Decius in lege quo tutela, §. vltimo, ff. de regulis iuris. Interesse autem stipulatoris vertitur, supposito quod ex mandati susceptione stipulari tenetur, & ita resoluit Bartolus, in dicto §. si stipuler, numero primo, quem

sequitur Lusitanus Barbosa, in 3. parte Rubr. num. 81. ff. soluto matrimonio. Alex. d. §. si stipuler, num. 6. & saltem in procuratore generali, idem tenet Imola, ibidem nu. 33.

54 Ceterum, quidquid † dicant proximè relati patres, contrarium in puncto iuris verius esse puto. Idem ex Ioannis veteris interpretis sententia tenuit glossa, verbo, nihil interest, in l. 1. ff. de stipulat. seruorum. innuit etiam glos. verbo, nulla, in l. 1. C. per quas personas nob. acquir. sequitur latè Angel. Paulus Castr. Romanus, & plures alij, in d. §. si stipuler. vt ibidem refert Alex. d. nu. 6.

55 Quæ sententia † in primis suadetur: quia nulla lex est, quæ de mandatario stipulante loquatur, quæ insimul non dicat in persona mandatarij inesse obligationem, & actionem; in quo supponitur, stipulationem contractam fuisse tertio modo, vt colligitur ex d. l. idemque, 10. §. si cui, ff. mandati.

56 Deinde † comprobatur apertè ex Vlp. in l. eum, qui, 5. §. Iulianus, lib. 11. ff. de constit. pecun. vbi ita scribit: *Iulianus lib. 11. Digestorum scribit, procuratori constitui posse: quod Pomponius ita interpretatur, vt ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino.* Quæ quidem decisio à fortiori procedit in stipulatione, quæ tota redolet solennitatem, & seueritatem iuris, nec illius vim deuitant Bart. & aliorum supra citatorum ineptæ interpretationes.

Præterea, d. l. stipulatio ista, §. si stipuler. vers. vnde etsi procuratori, ff. de verb. oblig. id suadet, dum inquit, valere stipulationem factam procuratori per dominum stipulantem: nec meminit e conuerso, tacitè sentiens, quod procurator, qua talis, non potest domino stipulari, nisi tam obligatiua, quam executiua verba ad suam personam referat.

57 Denique † nullum vertitur interesse mandatarij: nam interesse, quod ad hunc effectum, ius considerat, debet esse simplex, & aliunde contractum, non verò ratione eiusdem stipulationis, quæ fieri mandatur. Possumus tamen considerare in procuratore interesse separatum à mandato; videlicet, si mandatarius teneatur ex vi mandati aliquid facere, ad cuius satisfactionem aliquid mandanti stipulatur: tunc enim valebit stipulatio mandanti secundo modo facta.

Ex quibus manet sublata prima difficultas contra nostram legem vltimam in 1. responso, ff. de solutionibus, dum supponit, aliquem stipulari posse mandato alterius, quia non intelligitur de secundo modo stipulandi, sed de tertio.

58 Sed adhuc † manet altera validior difficultas: constat quippe neminem posse stipulari post mortem suam, vel post mortem promittentis, iuxta §. post mortem, Inst. de inutilibus. Caius, in fragm. libro secundo, titulo nono, versiculo præterea, il. 2. idque ante nouam Iustiniani Constitutionem in lege vnica, C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæred. Si igitur quis non potest stipulari post mortem suam, vtique non poterit mandare, vt statim stipuletur dari post mortem ipsius mandantis, quod tamen admittit d. l. vlt. in 1. responso. ff. de solutionibus.

Verum licet à nemine animaduersum viderim, d. §. post mortem, attento tempore, quo vigebat dicta prohibitio, esse limitandum: audenter assero, non procedere in stipulatione mandata. Et ratio limitationis ea mihi videtur: quia quando Titius v. g. mandat, vt quis statim stipuletur dari, post mortem Titij mandantis, mandatum perficitur quoad mandantem, & mandatarium, simul ac mandatarius stipulatus est; quo casu actutum mandanti quæritur actio mandati, vt vel cogat mandatarium ad promissorem liberandum, vel delegandum, d. l. idemque, 10. §. si cui, ff. mandati, vel ad actionem cedendam, mandanti. Mandatarius verò manet creditor respectu promissoris sub die incerta mortis mandantis; quæ quidem stipulatio sicut aliàs citra mandatum fieri poterat, mandatum interueniens illi non debet obesse; cum mandantis persona quoad stipulationem nihil penitus attineat, iuxta supradicta: atque ita mandatario rectè soluitur post mortem mandantis; rationem reddit I. c. in nostra l. vlt. ibi: *Quia talis est lex obligationis;* &c. hoc est, quia sub hac conuentione, & conditione stipulatio facta est. Accedit, quia dicta regula, quod scilicet stipulatio non valeret post mortem, magis scrupulosa erat, quam iure damnanda, & propterea emendata est à Iustiniano, in dicta lege vnica, & in d. §. post mortem, vnde nihil mirum, quod iam tunc interpretatione non iuuetur; immo restringatur, & coangustetur, in prædictis terminis.

Secundum quæ noster text. in 1. responso, inuoluit notabilem declarationem ad d. §. post mortem, Inst. de inutilibus, & quæ non indiget noua constitutione dicta legæ vnicæ, vt scilicet, quamuis quis non possit sibi post mortem stipulari, possit tamen mandare, vt quis post mortem mandantis stipuletur.

59 Maneat † igitur ex omnibus huc vsque dictis, quod mens I. c. Pauli in nostra lege vltima ea fuit, vt quamuis mandatum celebrari possit,

possit, cuius effectus confertur post mortem, dummodo in vita mandantis perficiatur quoad sui formam, vt decidit in primo responso. Attamen non possit conferri post mortem mandantis, quoad sui formam, iuxta iam supradicta; idq; resoluit in 2. responso, vt latè defendimus; & ita cessat odiosa emendatio Iacobi Cuiacij, d.lib. 1. Obseruat. cap. 38.

SUMMARIUM.

Latè agitur de intellectu, & materia l. ex facto, §. si quis rogatus, il 2. vers. sed si seruus, ff. ad S. C. Trebell. à num. 1. per tot.

Cur. in d. vers. sed si seruus, non possit seruus pænę restitutus eligere vnum ex filijs, quos post damnationem suscepit, num. 1.

Refertur, ac reprobatur ratio Eman. Costa Lusitani, ibidem, & aliqualiter excusatur, nu. 6.

Seruus pænæ restitutus, idem de iure efficitur, qui antea fuerat, ibidem.

Restitutio quid importet, & an speciem fictionis inuoluat. ibidem.

Filius serui pænę, & postea restitutus, admittitur ad legitimam matris hæreditatem, & bonorum possessionem contra tabulat, nu. 2.

Ille, cui annua alimenta legantur, si seruus pænæ sit effectus, & postea restitutus, alimenta praterita, & in posterum petere poterit. ibidem. & quid si seruus hominis fiat, & postea manumittatur, num. 16. vbi negatur, quod tamen declara, nu. 20. & nu. 23.

Assignatur vera ratio, ob quam seruus pæna restitutus, non potest eligere in terminis nostri vers. sed si seruus, num. 3.

Per seruitutem honorati, vel grauati perit omninò dispositio testamentaria sine consideratione restitutionis. ibidem.

Denegatio electionis, de qua in nostro vers. sed si seruus, æquè militat respectu filiorum post damnationem, ac eorum, qui ante damnationem sunt habiti, num. 4.

Cur filij post damnationē suscepti, in terminis d. vers. sed si seruus, etiam patre restituto non admittantur ad fideicommissum, nu. 5.

Decisio nostri vers. sed si seruus, non procedit indistinctè in damnatis ingenuis, nu. 7.

Manet tamē incorrecta respectu damnatorum libertina conditionis, nu. 8.

Manebit etiam incorrecta respectu ingenuorum, qui ad mortem naturalem damnantur, nu. 9.

Auth. Sed hodie nemo, C. de donat. inter vir. & vxor. solum procedit in damnatione, quæ mortem naturalem non irrogat. ibidem.

Damnatus ad mortem naturalem, adhuc hodie fit seruus pæna, quod apud Lusitanos lege seruatur. ibidem.

L. qui vltimo, ff. de pœnis. adhuc hodie viget. ibidem.

Dictus vers. sed si seruus, cessat in seruo pæna restituto, quando constat de voluntate testatoris, num. 10.

Dictus vers. sed si seruus, cessat in electione legali, nu. 11. Declaratur tamen, num. seq.

Quando bona propter seruitutem pæna à primo successore incursam, alij deferuntur, secuta postea extraordinaria restitutione non adimuntur, numero 12.

Dictus vers. sed si seruus, cessat in successione legali, nu. 13. cum seq. vbi declaratur.

Restitutio gratia, siue iustitia, idem omninò operatur, quatenus restitutio est, nu. 14. nisi à Principe restringatur. ibidem.

Indulgentia Principis, qua quis pæna tantùm liberatur, non continet restitutionem. ibidem.

An decisio d. vers. sed si seruus, locum habeat in seruo hominis, qui iterum liber fit? nu. 15.

Ingenuus, si seruus hominis fiat, & postea manumittatur, manet libertinus. ibidem.

Filius effectus seruus hominis, & postea manumissus, non admittitur ad hæreditatem maternam: nec mater ad eius hæreditatem, nu. 16.

Explicantur, l. 1. §. filio, & l. 2. vers. sed si filius, ff. ad S. C. Tertul. ibidem. Declarantur notabiliter, num. 20. & ampliantur, num. 22. & num. 23.

Explicatur, l. is cui, 11. ff. de alimen. legatis d. nu. 16. & nu. 20. & nu. 23.

Ingenuus seruus hominis factus, postea manumissus, non recipit cognationem, nec succedit cognatis, numero 17.

Explicatur l. is qui, 7. ff. Vnde cognati, ibidem. Declaratur, nume. 21. ampliatur, num. 22. & num. 23.

An noster vers. sed si seruus, procedat in eo, qui factus seruus hominis, non solum manumittitur, sed etiam natalibus restituitur? num. 18. vbi affirmatur.

Restitutio natalium est nimis extraordinaria, & de ratione. ibidem.

Natalibus restitutus idem ingenuus fit, qui fuerat, numero 19.

Libertus factus seruus, & iterum manumissus, non fit idem libertus, qui antea fuerat, num. 22.

Ampliatur l. homo liber, ff. de statu hominum. ibidem.

Natalibus restitutus, si natus fuit seruus, non efficitur idem homo, qui olim fuerat, nu. 23.

In eo, qui natus fuit seruus, secuta natalium restitutio non continet ordinariam ac veram repositionem. ibidem.

Explicatur l. 2. ff. de natalibus restit. ibidem.

Natalium restitutio plus aliquando confert, quàm seruitus intermedia ademerat. ibidem.

CAPVT VII.

Ad Vlpianum in l. ex facto, 17. §. si quis rogatus fuerit filij, vers. sed si seruus, ff. ad S.c. Trebellianum.

1 

Cribit † Vlp. *Sed si seruus pœnæ fuerit constitutus, nullo ante concepto filio, iam parere conditioni non poterit: decessisseque sine liberis videtur. Sed cum decedit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet.*

Illud hic discuti debet, cur seruus pœnæ restitutus non possit eligere vnũ ex liberis, quos post damnationem, vel post restitutionem suscipit? sicuti in deportato restituto innuit Vlp. hic, dum aduersatiuè loquitur de seruo pęnæ, qui tempore damnationis filios non habebat, tradit securè Lusitanus noster insignis Costa, in cap. si pater, 1. parte, verbo, si absque liberis, nu. 44.

Et quidem Costa nuper citatus, n. 45. putat hoc ex eo procedere, quia hi liberi postea susce pti ab alio geniti censentur, quamuis eorum parens restituatur; de eo enim restituto agit noster vers. sed si seruus, aliàs absona esset disputatio Vlpiani hic, & ita id supponit Costa, d. nu. 45.

Ceterum hæc ratio subtilissimi alioquin Lusitani Costæ, subsistere nequit: nam si filius natus ex seruo pęnæ, post damnationem, vel post restitutionem, ab alio patre natus censeretur, quam qui ante pęnalem seruitutem erat, etiã pater à seruitute pęnæ restitutus, non idem crederetur, qui antea erat, vt coacta iuris ratio planè suadet: sed constat, seruum pęnæ restitutũ, eundem fieri, qui antea erat, ergo & filius ab eo post damnationem progenitus, secuta restitutione censetur ab eodem patre susceptus, qui ante damnationem erat. Quod autem seruus pęnæ idem omninò, & repositus pristino statui fit, patet in primis ex natura restitutionis, quæ reddit omnia, vt retro ante erant. l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minoribus: nam componitur à retro, & statuo, vt aduertit Alciat. in l. restituere, ff. de verborum significat. & habet speciem fictionis translatitiæ de tempore ad tempus, vt innuit Vlp. in l. si quis filio, 6. §. quatenus, ff. de iniusto, rupto. dum coniungit postliminio reuersum, & restitutum ex principali beneficio; quasi in vtroq; detur translatio ad pristinam existentiam. Notat alias Galliaula, in l. Gallus, §. & quid si tantum, nu. 62. ff. de liber. & posthum. vbi Crotus, nu. 121. & reliqui.

2 Et in † terminis, in quibus agimus de seruo pęnæ, idem probatur in l. 1. §. filio, ff. ad S.c. Tertul. ibi: *Nisi fortè seruus pęnæ effectus beneficio Principis sit restitutus*; &c. vbi propterea filius restitutus admittitur ad legitimam matris hæreditatem, quia per restitutionem idẽ redditur filius, qui ante damnationem fuerat. Probatur etiam ex l. 1. § vlt. ff. de bonorum possess. contra tabul. ibi: *Restitutus fit, nihilominus admittetur; aliter non*, & in l. 2. ff. eodẽ tit. & tandem in l. is cui, 11. ff. de aliment. & cibarijs leg. ibi: *Respondi eum, & præcedentium annorum recte cepisse alimenta, & sequentium deberi ei*. Quæ verba ostendunt secuta restitutio ne omnimodam identitatem personæ, cui alimenta debebantur.

3 Ex quibus † Primò infertur, seruum pęnæ restitutum non propterea non posse eligere in terminis nostri vers. sed si seruus, quasi post restitutionem alius homo fit: sed potius ex eo, quia seruitus superueniens efficit, vt ab eo tempore respectu voluntatis defuncti tanquã mortuus consideraretur, vt innuit noster vers. sed si seruus, ibi: *Decessisseque sine liberis videtur*; &c. vbi simulac quis seruilem pęnam incurrit, quoad hunc effectum decessisse creditur, & cõsequenter perit statim, & omnimodo testamẽtaria dispositio ex defectu voluntatis: nec in seruo pęnæ attenditur tam extraordinaria restitutio, quæ à libera voluntate Principis pendet, & ob id interim non est considerabilis, vt communiter notatur per text. in l. cum seruus, aliàs l. apud Iulianum, §. constat, ff. de legatis 1. & in simili notat I. c. in l. intercidit, 59. ad finem, ff. de condit. & demonstr. non eligit ergo hic seruus pęnæ restitutus propter defectum voluntatis, non verò propter diuersitatẽ personę, vt etiam aduertit Lusitanus Aegidius in repet. l. 1. C. de sacros. eccles. 1. parte, §. 5. nu. 19.

4 Electio † autem, quæ seruo pęnæ restituto denegatur in terminis nostri vers. sed si seruus, omnimodo, & æqualiter respicit ipsius liberos tam ante, quam post damnationem susceptos, vt comprobat differentia, quam inter seruum pęnæ, & deportatum restitutos, facit Vlp. in præsenti, & eleganter innuit ibi: *Sed cum decedit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet*. Quæ verba respectu filiorum, qui suscepti sunt post damnationem, inutilia permanent, cum hi simpliciter à fideicommisso repellantur, vt statim subiungemus. Supposito ergo quod in postea conceptis non poterat dubitari de electione, tacitè

tacitè quærit Vlp. an ex ante damnationem quæsitis electio competat? Cui respondet, quod nec etiam horum respectu oportet seruo pœnæ restituto electionem concedere, cum à tempore damnationis mortuus existimetur quoad testatorem; ita tradit Imola, ibidem, nu. 22. Alexand. nu. 9. in fine.

5 Hinc † etiam prouenit, cui liberi post incursam seruitutem pœnæ concepti, & suscepti, non solum non possunt eligi, vt proxime aduertimus, sed nec etiam ad fideicommissum admitti; non quidem quod ab alio progeniti censeantur, cum immò secuta restitutione credantur ab eodem patre nati, sed ex defectu voluntatis defuncti, qua attenta, tunc hæres gratuatus decedit, cum pœnalem seruitutem patitur, Vlp. in præsenti, ibi: *Decessisseque sine liberis videtur;* &c. d. l. intercidit, in fine, ff. de cond. & demonstr. Secundum quæ, idem omninò iudicium ferendum est de conceptis in seruitute, ac de conceptis, & natis post restitutionem, cum voluntas defuncti à tempore pœnæ incursæ omninò deficiat, vt comprobãt proximè relata nostri text. verba.

6 Indeque † possumus in sensu non contemnendo excusare subtilem nostrum Lusitanum Costam, d. nu. 45. si illius rationem, non ad iuris, sed ad volũtatis dispositionem referamus: vt videlicet seruus pœnæ restitutus, alius homo dicatur: quia voluntas testatoris (quam solam in hoc fideicommisso attendimus), vbi primum hæres seruilem pœnam passus est, illum mortuum supposuit; & ita restitutio superueniens respectu dictæ voluntatis, non repositio in pristinum statum, sed nouatio dicenda est, & per consequens filij post seruilem pœnam suscepti, etiam secuta restitutione patris, non admittentur, quasi ab alio ex coniecturata defuncti voluntate progeniti, licet tunc ex dispositione iuris, ab eodem omninò nati censeantur.

7 Hæc autem † decisio nostri vers. sed si seruus, non videtur iam indistinctè procedere, ex eo, quia seruitus pœnæ iam hodie non irrogatur ingenuis hominibus, vt inquit text. in Auth. Sed hodie nemo benè natus, C. de dona. inter virum, & vxor. & in corpore vnde sumitur, tradit Alex. in nostra l. ex facto, §. ex facto, nu. 6. in fine, vbi reliqui; notat Costa, in d. cap. si pater 1. parte, verbo, si absque liberis, nu. 45. ad finem.

8 Manebit † tamen incorrecta illius decisio respectu hominum libertinæ conditionis: quia adhuc hodie isti seruitutem pœnalem pati possunt, vt innuit d. Auth. Sed hodie nemo, & elarius text. in Auth. de nuptijs, §. quod autem prius, collat. 4. & est vbique concors omnium sententia; notat Costa, d. verbo, si absque liberis, nu. 45. & superius relati.

9 Manebit † etiam incorrecta, in hominibus ingenuis, qui ad mortem naturalem damnantur, adhuc enim hodie serui pœnæ efficiuntur, vt iam olim decisum est per text. in l. qui vltimo, ff. de pœnis, vbi Doctores, & id ostendit d. Auth. de nuptijs, §. quod autem prius, vbi denegat, ingenuis hominibus seruitutem irrogari, si damnatio vitam non adimit, idque ad effectum progrediendi matrimonij: alioquin esset inutile, si naturaliter moreretur. Et ita etiam intelligitur d. Auth. Sed hodie nemo, vbi notat glos. verbo, & supplicio, & communiter Doctores; & ita apud Lusitanos constitutum est ex Ord. lib. 4. tit. 8. §. 6. quidquid correctam nunc esse decisionem d. l. qui vltimo, ibidem notet sibi contrarius Accurt. verbo, ad bestias. Vnde seruus pœnæ mortis, interim dum non interficitur eligere non poterit in terminis nostri vers. sed si seruus; nec etiam si restituatur ex principali beneficio (per longum enim tempus in tali seruitute existere possunt, vt inquit d. l. qui vltimo. ibi: *Et nonnunquam per longum tempus occupat, quod accidit in personis eorum, qui ad bestias damnantur. Sæpè etiam ideo seruari solent post damnationem, vt ex his, in alios quæstio habeatur.*) Nec filij post talem seruilem conditionem suscepti, ad fideicommissum admittentur, ex nostro vers. sed si seruus.

10 Deinde † principaliter declaratur noster vers. vt solum procedat, quando agimus de interpretanda simplici voluntate defuncti. Etenim, si ob coniunctionem, vel aliam quamlibet rationem affectionis naturalis, præsumatur testator velle omnino prospicere filijs prædicti damnati: tunc putarem filios etiam post damnationem susceptos patre restituto admittendos: tum quia defectus voluntatis, qui aliàs obstare videbatur, abesse creditur ex contrarijs coniecturis: tum etiam, argumento l. 1. §. filio, ff. ad S. c. Tertul. & l. 1. §. vlt. cum l. sequenti, ff. de bonorum possess. contra tab. in quibus iuribus seruitus pœnæ non officit, si restitutio sequatur: quia supposita ratione, & affectione naturali, solum requiritur ciuilis capacitas, & identitas personalis, idem probare videtur bonus text. iuncta glos. vltima, in l. vlt. ff. de sententiam passis, & restit.

11 Præterea † notabiliter declarandum puto nostrum versic. sed si seruus, non procedere in electione legali, vbi videlicet lex defert patri electionem ex liberis: nam sicut ipsa lex seruum pœnæ postea restitutum admittit ad successionem, vt eundem hominem, qui antea erat, vt in d. l. 1. §. vlt. cũ l. sequenti, ff. de bonorum possess. contra tab. & in l. 1. §. filio, ff. ad S.C. Tertul. & liberi post damnationem ex eo

suscepti,

suscepti, secuta restitutione ab eodem nati censentur; ita etiam ex eadem legali dispositione, quæ electionem ex liberis patri desert; & pater post restitutionem, ad electionem, & liberi ad fideicommissum admittentur. Nec obstabit noster vers. sed si seruus, ibi: *Decessisseque sine liberis videtur*; &c. quia hæc verba referuntur ad voluntatem testatoris, quæ regulatur à præsenti statu sine consideratione vlla futuræ restitutionis; At in simplici dispositione legali, omnia præuidentur, & considerantur.

12 Quæ † declaratio intelligenda est, nisi lex statim, vbi quis seruilem pœnam patitur, bona alijs deferat, qui ea effectualiter acquisiuerint: nam tunc licet restitutio sequatur, non adimet bona, alijs iustè quæsita, vt aliàs tenuit glos. verbo, emancipatus, ad finem, in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posth. vbi ita intelligit Paul. Castr. nu. 14. Socin. nu. 17. Iason, nu. 116. & alij, quos ibidem sequitur Costa noster, in 2. parte, nu. 41.

13 Tandem † declara nostrum vers. sed si seruus, non procedere in successione legali, quæ certas personas ad aliorum bona recipit: nam serui pœnæ postea restituti (nisi bona sint alijs legitimè quæsita, vt proximè notauimus) æq; admittentur, ac si medio tempore maximam capitis diminutionem passi fuissent; & ita procedit d. l. 1. §. filio, ff. ad S. C. Tertul. & d. l. 1. §. vlt. cum l. sequenti, ff. de bon. possess. contra tab. & l. 1. ff. de sententiam passis, & restit.

14 Quod † tamen intellige de plena restitutione ex principali beneficio, iuxta l. 1. C. de sent. passis, & restit. siue sit restitutio iustitiæ, siue gratiæ: nullam enim differentiam inter vtramque existere contra omnes existimo: nã vtraque vera restitutio est, & consequenter in pristinum statum repositio, quidquid dicat Bart. in d. l. Gallus, §. & quid si tantum, nu. 12. Aretinus, nu. 13. & plures quos ibidem sequitur Lusitanus Costa, 2. parte, à num. 88. nam gratiosa principis restitutio personales qualitates omnino reddit, & cetera, quæ inde consequuntur; & ita eleganter explicans constituit Imp. nisi cauilletur, in l. 1. ad finem, C. de sent. passis, & restit. probat etiam l. tutor, 4. ad finem, l. si deportationis, l. vlt. §. vlt. C. eod. tit. Secus, si gratiosa restitutio à principio restringatur, vt in l. 2. ff. de sent. passis, & restit. l. 3. l. in insulam. C. eod. tit. nam tũc id tantum, quod in restitutione exprimitur, concessum est. Vel etiam si indulgentia principalis non restitutionem, sed liberationem à pœna contineat, vt ait l. aut damnum, 8. §. vlt. ff. de pœnis, ibi: *Beneficio Principis esset iam pœna liberatus*; &c. l. 2. C. de sent. passis, & restit. ibi: *Et indulgentia mea pœna tantummodo metalli liberatus esset*; &c. l. frustra, ibi: *Pœna eius postea liberatus est*; &c. l. si ademptis, l. generalis, l. si pater, C. eodem tit. tunc enim isti seruitute pœnæ liberati permanent alij ab ijs, qui antea fuerant, cum non restituti, sed denuò creati, & nati credantur, vt proximè relata iura docent, & præcipuè text. in d. l. aut damnum, §. vlt. & d. l. frustra.

15 Opportunè † autem quæritur, vtrum decisio nostri vers. sed si seruus, procedat in eo, qui cum liber esset, seruus hominis factus est, & postea manumissus? ita vt si ante seruitutẽ illi competat eligendi facultas, iterum libero effecto non denegetur? In qua quæstione resoluendum securè puto, decisionem d. vers. à fortiori in his terminis procedere, tam attenta voluntate testatorum, quam inspecta dispositione iuris: nam respectu vtriusque post manumissionem alius omninò homo est. De voluntate constat per text. in l. intercidit, ad finem, ff. de cond. & dem. & supra probauimus. De dispositione iuris ex eo liquet, quia si ante ingenuus erat, nunc libertinæ conditionis est, l. homo liber, ff. de statu hominum; vnde nihil mirum, quod liber effectus eligere non possit, argumento §. ex facto, supra, hac nostra l. Secundum quæ silent omnia, quę in contrarium dici possunt.

16 Et hinc † prouenit, quod etiam in legitima successione filius seruus effectus (veluti, quia se venundari passus est) non admittitur ad hæreditatem matris, quamuis iam manumissus sit, quia videlicet alius homo est, l. 1. §. filio, ff. ad S. C. Trebel. ibi: *Si ante aditam hæreditatem in seruitutem deducatur, legitima hæreditas non defertur; nec si postea liber factus sit*; &c. l. 2. post princip. vers. si filius, ff. eodem tit. ibi: *Sed si filius, vel filia libertini sint effecti*; &c. iuncta glos. ibidem, verbo, sint effecti; & in his terminis cessat etiam l. is cui, 11. ff. de aliment. legatis.

17 Hinc etiã est, quod † qui seruus hominis fiebat, licet manumitteretur, amplius cognatus non reddebatur pristinis cognatis, §. quod autem, Inst. de capitis diminut. nec ad ipsorum bona vnde cognati admittitur, l. is qui, 7. ff. vnde cognati.

18 Quid dicendum, si † seruus hominis, non manumissus simpliciter, sed postea natalibus restitutus sit, iuxta tit. ff. de natalibus restituendis: an ipsi competens eligendi potestas ante incursam seruitutem, restituto suscitetur? vt in deportato innuit noster text. in princip. constat enim per hanc restitutionem nataliũ, omninò reddi pristino statui, l. 3. §. vlt. ff. de natalibus restit.

In qua quæstione sub distinctione resoluendum puto: nam vel agimus de indaganda voluntate

luntate testatorum; vel de certitudine,& iden titate eius, qui seruus fuit effectus. In primo casu, si ea, quæ per liberam personam grauati peragi debebant, à præsumpta voluntate testantium pendent, per cundem seruum effectum, quamuis post manumissionem sit natalibus restitutus, exerceri non poterunt, idque ex defectu voluntatis, vt in seruo pęnæ restitu to supra diximus: nam iste, quod ad testatorem attinet, pro mortuo habetur, vt inquit l. intercidit, ff. de cond. & demonstrat. sine vlla consideratione restitutionis, pręcipuè nataliū, quæ nimis extraordinaria est, propter præiudicium patronorum, vt inquit l. 2. ff. de natalibus restit. iunctis ijs, quę tradit patruus meus Arius Pinellus, in Rubr. C. de rescindend. vend. 1. parte, cap. 2. nu. 17. Cassanæus, in Consuetud. Burgund. Rubr. 8. §. 5. in responso, num. 25. Hispanus Mendonca Disput. iuris ciuilis, lib. 1. cap. 5. num. 47. & plures, quos refert Hispanus Piehardo, in præludijs ad tit. Inst. de hæredit. quæ ab intest. à nu. penult. Lusitanus Cabedo, decis. 73. nu. 20. in 2. tomo.

19 Si verò † non tam agimus de indaganda voluntate defunctorum, quam de certificando corpore, an illud idem sit, quod ante seruitutem erat: tunc seruus hominis manumissus, & natalibus restitutus admittetur. impetrata enim restitutione natalium, in omnimodò statu, quem habuerat, reponitur, l. 3. l. vlt. ff. de na tal. restit.

20 Vnde † venit explicandus notabiliter Vlp. in l. 1. §. filio, ff. ad S. c. Tertul. ibi: *Nec si postea liber factus sit*; &c. vbi filius non admittitur ad legitimam matris hæreditatem ex Orficiano, si in seruitutem deducatur, quamuis postea liber sit effectus: debet enim intelligi de filio facto seruo, & simpliciter manumisso; quo casu alius est ab eo, qui antea fuerat, vtpote libertinus, qui fuerat ingenuus, l. homo liber, ff. de statu hominum, l. seruus legatus, 27. §. vlt. in fine, ff. de adimend. legat. & ita nihil mirum, quod non recipiatur ad legitimam matris hæreditatem, cuius non esse filius creditur: vt è conuerso docet idem Vlp. in l. 2. post princip. ff. ad S. C. Tertul. ibi: *Sed si filius, vel filia libertini sint effecti: mater legitimam hæreditatem vendicare non poterit*; &c. vbi remouens matrem à legitima filij successione, qui ex ingenuo seruus factus, postea manumissus fuit: cautè dicit, ad hæreditatem filij libertini non admitti: tacitè innuens id prouenire ex diuersitate personæ: alioquin si filius, non libertinus, sed in pristino ingenuitatis statu repone retur, concessa natalium restitutione, tunc & mater ex Tertulliano, & filius ex Orficiano, alter ad alterius legitimam hæreditatem admit teeur; & ita etiam ampliari potest l. is cui, ff.

de aliment. leg. quamuis de seruo hominis loquatur.

21 Hinc etiam † explicabitur Modestinus, in d. l. is quis, 7. ff. vnde cognati, vt videlicet tantum procedat, quando cognatus seruus hominis effectus, postea simpliciter manumissus est: tunc enim vt alius homo, non admittitur ad cognatorum hæreditates; quod adhuc obseruandum fore meritò asserit gloss. & Doctores ibidem; si tamen vltra manumissionem superueniat natalium restitutio, quo casu pristinæ ingenuitati restituitur, vt superius probauimus, cognationem quoque recipit, & consequenter vt cognatus succedit, eique vt cognato succeditur; eleganter notat gloss. ibidem; eademque fuit sententia Ioannis relati à glos. verbo, si manumissus, in §. quod autem, Inst. de capite minutis, glos. singularis in l. 2. ff. de bon. possess. contra tabul.

22 Pro perfecta † nuper traditarum resolutionum cognitione, aduertendum est Primò, quod in terminis manumissionis, adhuc non dicatur idem homo, qui antea fuerat, ille, qui non ingenuus, sed libertinus antea erat: quasi libertinitas, quam manumissione acquirit, iuxta l. homo liber, ff. de statu hominum, eadem fuerit cum antiqua: quia immò diuersa omninò libertinitas est, & diuersus homo, d. l. seruus legatus, 27. §. vlt. in fine, ff. de adim. legatis: nam sicut ingenuus post seruitutem ma numissus libertinæ conditionis fit, & alius homo, d. l. homo liber, d. §. vlt. ita & hic, de quo agimus, in genere libertinitatis diuersus liber tus remanet ab eo, qui fuerat: & ita d. l. 1. §. filio, & d. l. 2. post princip. ff. ad S. C. Tertul. & d. l. is qui, ff. vnde cognati, & similes, quæ excludunt eum, qui ex ingenuo factus est seruus, & per manumissionem libertinus, etiam excludent eum, qui cum olim libertinus esset, seruus postea factus, per manumissionem ad aliū, ac diuersum libertinitatis statum peruenit.

23 Deinde † aduertendum est, quod nec etiam ad successiones admittetur natalibus restitutus; si antea non ingenuus, sed seruus nasceretur; & semel manumissus, iterum in seruitutem deductus, tandem manumissus, & natalibus restitutus est: solent enim aliquando Principes, eum qui seruus natus est, & postea manumissus, natalibus restituere, hoc est, ingenuū efficere; quæ quidem restitutio, non ipsius restituti natales respicit, sed eos, in quibus in initio omnes homines fuerunt, vt eleganter docet Marcianus, in l. 2. ff. de natal. restit. dum inquit: *Interdum, etsi serui nati sint, ex post facto iuris interuentu ingenui fiunt; vt ecce, si libertinus à principe natalibus suis restitutus fuerit: illis enim vtique natalibus restituitur, in quibus in initio omnes homines fuerunt, non in quibus ipse nascitur,*

nascitur, cum seruus natus est; &c. & ibidem notat glossa prima, & reliqui: nam iste natalibus restitutus adhuc diuersus homo est ab eo, qui fuerat, etiam censura iuris, quia antea libertinus, nunc ingenuus est: nec tunc restitutio est particularis repositio in eiusdem pristinum statum, sed potius generalis quædam, & in abstracto, vt philosophi loquuntur, quæ respicit communem, ac naturalem omnium statum: vnde si filius fuerit libertinus, & seruus interim factus, manumissus sit, & postea natalibus à Principe restitutus, non admittetur ad legitimam matris hæreditatem, nec mater ad ipsius; sic ampliata decisione d. l. 1. §. filio, & l. 2. post princip. ff. ad S.c. Tertul. nec ad agnatorum successiones admittetur, sic etiam ampliata decisione d. l. is qui, ff. vnde cognati: quia licet melioris conditionis nunc sit, quoad qualitatem personæ, alius tamen, & diuersus homo est, & consequenter cessat ratio mutuæ successionis.

SVMMARIVM.

Latissimè agitur de intellectu l. filiusfamil. 114. §. cum pater, ff. de legatis 1. à numero 1. per totum.

An successor maioratus, vel fideicommissi familiaris, si simul sit hæres vltimi possessoris, possit reuocare alienationem rei prohibitæ factam ab vltimo possessore, num. 1. vbi remissiuè amplectitur affirmatiuam.

Remissiuè explicatur l. cum à matre, C. de rei vend. ibidem, & nu. 3.

Qui contra publicam vtilitatem alienat, reuocare potest per se factam alienationem. nu. 2.

Hæres alienantis potest reuocare alienationem rei alienari prohibitæ, quamuis alienans priuetur iure maioratus, vel fideicommissi, contra Molinam, & plures, nu. 3.

Obiter explicatur l. filium, ff. de liberali causa. ibidem.

Tacita approbatio factorum defuncti, quæ oritur ex aditione hæreditatis, solum habet locum in ijs, quæ validari possunt. ibidem.

Quando hæres vt hæres, duntaxat succedit in re aliqua, eodem omninò iure censetur, quo defunctus. ibidem.

Prohibitio alienandi in fauorem familiæ, tunc parit petitionem omnibus de familia, quando alienatio fit, nu. 4.

Vt omnibus de familia competat fideicommissi petitio, sufficit legare extero rem prohibitam, quamuis traditio secuta non fuerit. nu. 5.

Quando competit petitio fideicommissi propter alienationem factam extra familiam, omnes eiusdem gradus admittuntur. nu. 6.

Querela inofficiosi testamenti reducit rem omninò ad causam intestati, nisi sit institutus hæres, qui etiam ab intestato venire debeat. nu. 8.

Quæ mens fuerit I.c. Marciani in nostro §. cum pater, vers. sed etsi cum duos, quando plurium exhæredatorum meminit, nu. 9. cum præced.

Limitatur d. §. cum pater, in princip. & in vers. sed etsi cum. si nullus ex filijs fuisset institutus hæres. nu. 10.

Exhæredatio sustinetur, dum pro aliqua parte testamentum tenet. nu. 11.

Latissimè explicatur noster §. cum pater, vers. sed etsi cum, à nu. 12.

An exhæredatus filius censeatur esse de familia exhæredantis? ibidem. & nu. 15.

An possessor maioratus, vel fideicommissi familiaris, possit ex causa exhæredare filium successorem? nu. 14. & omninò, nu. 19.

Obiter explicatur l. 1. §. sed etsi patruus, ff. de coniug. cum emancip. ibi: pro mortuo habetur; *numero 15.*

Explicatur l. si ex patronis alicui, §. Iulianus, ff. de bonis libert. nu. 16.

Quando fideicommissum, vel maioratus incipit in persona filiorum alcuius tertij, nullatenus inspicitur exhæredatio patris. ibidem, & nu. 18.

Explicatur remissiuè cap. licet, de voto. nu. 17.

Institutus hæres, qui consentit alienationi rei alienari prohibitæ, factæ per defunctum, non admittitur postea ad vindicationem eiusdem rei, num. 20. & nu. 28. secus si non consenserit, nu. 22. & à num. 24.

Quomodo fiat partitio fideicommissi in l. is qui complures, 94. ff. de legatis 3. nu. 23.

Explicatur regula l. ex qua persona, ff. de regul. iuris. nu. 25.

Explicatur l. vnum ex familia, §. sed si vno, & §. si duos, ff. de legatis, 2. nu. 26.

Explicatur non ineleganter d. l. vnum, §. sed etsi fundum, à nu. 29.

Fideicommissum, quo quis simpliciter grauatur de restituendo familiæ, vel vni de familia: facta restitutione perit: & efficitur res propria fideicommissarij; & de ea rogari potest. d. nu. 29.

Qui ita legat rem alienam, vt æstimatio præstetur, non de alieno, sed de proprio disponit. nu. 30.

Quandocunque res alienari prohibita alienatur, omnibus de familia statim competit petitio. ibidẽ.

Explicatur d. §. sed etsi fundum, vers. petiturus, ibi: post mortem videlicet eius. *&c. contra omnes fere interpretes, nu. 31.*

Explicatur l. peto, §. prædium, ff. de legatis 2. numero 32.

Effectus necessarij, qui sequuntur à causa voluntaria, non dicuntur simpliciter necessarij, & inuoluntarij. ibidem.

Explicatur d. §. sed etsi fundum, vers. & ideo. numero 33.

Explicatur noster §. cũ pater, vers. quod euenit, n. 34.

Emanci-

Emancipatus filius adhuc dicitur de familia patris. ibidem.
Filij non dicuntur de familia matris. ibidem.
Explicatur obiter l. 1. vers. in eo, ff. ad S.c. Silanian. ibidem.
Exhæredatus nunquam exit è patria potestate. numero 36.
Explicatur noster §. cum pater, vers. sed si omnes, à nu. 38. & nu. 42.
Explicatur noster §. cum pater, vers. verum est enim. nu. 39.
Ex institutione præsumitur quis in dubio electus, & nominatus ad fideicommissum familiare. numero 42.
Explicatur noster §. cum pater, vers. item si unum, nu. 43.

CAPVT VIII.

Ad I.c. Marcianum in l. filiusfam. 114. §. cum pater, ff. de legatis primo.

1 IN fideicommisso † familiari, vel maioratu Hispanico, quando in eo succedit hæres vltimi possessoris, aliquid in vita alienantis, communiter resoluitur, talem hæredem non posse reuocare alienationem. per text. in l. cum à matre, C. de rei vendicat. cum similibus, & præsertim per text. in l. filiusfamil. 114. §. cum pater, ff. de legatis 1. vt ibidem notant omnes; latissimè tradunt Hispani, Roder. Xuarez, in repet. l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. ampliatione 7. à nu. 4. Gregor. Lopez. in l. 24. tit. 5. partita 5. glossa, *entonces*. Anton. Gomes. in l. 40. Tauri, num. 84. Molina, de primogen. lib. 4. cap. 1. num. 16. vbi totum huius sententiæ robur agnoscit in d. §. cum pater, quem putat omni solutione maiorem.

Contrariam tamen sententiam, immò successorem maioratus, licet in simul sit hæres alienantis, posse reuocare alienationem, maturè, ac neruosè, vt solet, tuetur patruus meus Arius Pinellus, in l. 1. C. de bonis maternis, 3. parte, nu. 99. à vers. sed pro successore. Hispanus Peralta, in Rubr. ff. de hæred. instit. à nu. 64. in qua etiam coactus residet Molina, d. cap. 1. nu. 30. & tandem Lusitanus Vallascus I.c. cordatissimus, cons. 69. nu. 19. vers. cæterum, quorum opinionem lubens sequor, alioquin enim breuissimo tempore maioratus, & similia familiaria fideicommissa dilaberentur, cũ fere de parentibus in liberos hęre des descendant; & ex alijs, quæ vtiliter considerant nuper citati; qui quidem satisfaciunt d. l. cum a matre, C. de rei vendic. tum ex diuersitate, & natura bonorum; tum ex progressu, & fine.

2 Et pro † eadem parte facit, quod & ipse vltimus possessor, qui contra ius, & voluntatem testatoris alienauit, talem inutiliter factam alienationem reuocare potest, l. quemadmodum, C. de agricolis & censit. lib. 11. vbi notant omnes, l. iubemus, §. sane, C. de sacros. eccles. per quæ iura in feudo, vel fideicommisso familiari, tenuerunt multi relati per proximè citatos, innumeros refert Molen. d. cap. 1. nu. 17. cum seqq. ergo, & alienantis hæres reuocare poterit.

Nec fundamentum hoc eneruat responsio Molinæ, & plurium, quos refert d. cap. 1. nu. 21. cum seq. quod dicta iura procedant, quando præter alienantem, vel eius hæredem, nullus alius remanet, qui alienationem possit reuocare: Hæc enim expositio restringit, & violat prædictorum iurium regulam, quæ indistinctè ob publicam vtilitatem permittit reuocationem. Præcipuè, quia dabile est, ne sit alius, qui reuocet, nisi ipsemet hæres, qui successit in maioratu, vel fideicommisso, quo casu agnosceret Molina, illum reuocare posse, ergo, non quatenus hæres tunc repelleretur, quod sufficit, vt conuincatur Molinæ responsio; qui tandem huius argumenti vim agnoscit, & comprobat, d. nu. 30.

3 Quam resolutionem † amplector etiam, quando ob factam alienationem statim ad sequentem defertur maioratus, vel fideicommissum: nam tunc, licet iste successor fiat etiam hæres vltimi possessoris alienantis, poterit alienationem reuocare, quamuis ipse alienans non potuisset, vtpote priuatus iure maioratus, vel fideicommissi. Ratio est: quia iste successor maioratus, vel fideicommissi, à tempore factæ alienationis, iure proprio acquirit maioratum, vel fideicommissum, ex antiqua dispositione testatoris; nec postea agnoscendo alienantis hæreditatem, eo ipso censetur consentire ipsius alienationi, quam nec ipse facere potest: nam regula l. filium, ff. de liber. causa. vbi inquit Vlp. *Filium, ob hoc, quod patri hæres extitit, prohiberi à patre suum seruum manumissum, in seruitutem petere*; & d. l. cum à matre, cum similibus, locum habet in ijs, quæ propria sunt hæredum, & de quibus liberam habent disponendi facultatem, ita, vt tacita agnitione rata manere possit alienatio à defuncto facta, tune enim hæredes per aditionem consentire creduntur: secus in

cus in his, in quibus hæredes non habent liberam dispositionem, tunc namque simplex agnitio hæreditatis alienantis, non induceret consensum hæredum in solum ipsorum præiudicium, sine tuitione voluntatis defuncti; ius enim talem approbationem, quam tacitè præsumit ex aditione hæreditatis, ad effectum dumtaxat conseruandæ voluntatis defunctorum considerat; quod tamen in præsenti deficit in dubio, cum nec approbante hærede voluntas defuncti tuta maneat; nec ius illam probari velit. Vnde corruit sententia Cornei, conf. 244. num. 3. lib. 3. Tiraquel. de retract. lignagier, §. 26. glossa 2. nu 8. quos refert, & sequitur Molina, d. lib. 4. cap. 1. nu. 22. qui existimant, in his terminis etiam hæredem eo ipso priuatum censeri eodem maioratus, & fideicommissi iure; & consequenter non posse vendicare rem alienatam per vltimum possessorem, cuius effectus est hæres; quod falsum esse probauimus, in ijs, quæ hæres, non quatenus hæres acquirit; nec liberam habet disponendi facultatem. Eorum tamen sententia rectè procederet, quando hæres, vt hæres dumtaxat, succederet in maioratu, vel fideicommisso familiari: tunc enim sicut defunctus remouetur à vendicanda re, quia iure maioratus, vel fideicommissi propter alienationem destitutus fuit, ita, & eius hæres, ex regula l. nemo plus iuris, ff. de regulis iuris, vel quando hæres liberam haberet distrahendi facultatem: quia tunc agnoscendo voluntatem defuncti, eius alienationem approbare, vel alienare censeretur, d. l. filium, cum similibus, iuncta regula l. ex qua persona, ff. de regulis iuris.

4 Ille itaque † tantum nodus restat soluendus ex nostra l. filiusfamil. §. cum pater, ff. de legatis 1. quæ videtur denegare petitionem fideicommissi familiaris, ei, qui successor fideicommissi futurus alias erat, ex eo, quod sit alienantis hæres, in d. autem §. cum pater, ita scribit Marcianus: *Cum pater filio hærede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommisit ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret: & filius decedens duos hæredes instituit, tertium exhæredauit: eum fundum extraneo legauit: Diui Seuerus, & Antoninus rescripserunt, verum esse, non paruisse voluntati defuncti filium. Sed etsi cum duos exhæredauit, vnum hæredem instituit, fundum extraneo legauit: vt putat Marcellus: posse exhæredatos petere fideicommissum; quod euenit, etsi viuus filios emancipaßet, & postea fundum alienasset. Sed si omnes filij hæredes instituti sint ex disparibus partibus, non poßunt petere fideicommissum ex minore parte scripti, vt viriles, non hæreditarias partes in eo habeant. Verum est enim, in familia reliquisse, licet vni reliquisset, item si vnum hæredem instituisset, nec quicquam legasset: exhæredati nihil interim, quamdiu in familia res est, petere poßunt.*

Pro clariori huius text. interpretatione, prænotandum est, quod in nostro §. cum pater, non solum testator prohibuit alienationem, sed insuper in casu alienationis, induxit fideicommissum familiare. patet ibi: *Ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret*; & ibi: *Posse exhæredatos petere fideicommissum*. Constat igitur non aliàs esse locum fideicommisso familiari, de quo hic, quam in casu alienationis extra familiam factæ: & ita si vni de familia relinquatur, ceteri interim non audientur, vt patet ibi: *Verum est enim*, &c. & in vers. item si vnum.

5 Sufficit † autem, quod res prohibita alienari, extero legetur; vt fideicommisso locus sit: quamuis legatario traditio adhuc legati facta non fuerit, vt probat noster §. cum pater, in vers. sed etsi cum, & in vers. item si vnum, ibi: *Nec quicquam legasset*; &c. ideque in pœnam alienantis, seu non parentis voluntati defuncti.

6 Et cum †aperitur locus fideicommisso familiari, omnes eiusdem gradus succedunt, l. cum ita, §. in fideicommisso, l. peto, §. fratres, ff. de legatis 2. vbi notant omnes, Molina, de primogen. lib. 1. cap. 1. nu. 7. Aluarus Vallascus. conf. 82. nu. 10. licet aliud in maioratu Hispanorum seruetur, vt per proximè relatos. Couarruuias, lib. 3. variarum resolut. cap. 5. nu. 3. nam maioratus semper vni tantum defertur.

7 Proponit † igitur Marcianus primā speciē in princip. nempe, testator, cui prohibitio alienationis imposita erat, moriens instituit duos filios, & tertium exhæredauit, & fundum (in quo aderat prohibitio alienationis, & fideicō missum familiare) extero legauit: quæsitum fuit ab Impp. Seuero, & Antonino, an voluntati defuncti paritum esset? rescripserunt, paritum non esse. In qua decisione, & in vers. sed etsi cum duos, videtur I.C. ponere rationē dubitandi respectu exhæredatorum, quasi videlicet, ex eo, quod vnus, pluresue essent exhæredati filij, fideicommisso locus non foret; quod manifeste innuit in d. vers. sed etsi, vbi cum plures sunt exhæredati, videtur inesse maior dubitandi ratio.

8 Vnde † inquirendum est, cur mentionem faciens I. C. de exhæredatis dubitauit de fideicommisso; & cur eosdem exhæredatos ad fideicommissum postea admittit. Et quod attinet ad Primum, propterea dubitauit Marcianus de fideicommisso, quia eum exhæredato competere posset querela inofficiosi, quæ rem ad intestati causam deuocat, ex ratione, quam

quam tradit I. c. Paulus, in l. qui repudiantis, §. vlt. ff. de inoff. test. ibi: *Cum contra testamentum, vt inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur*; &c. Vnde legata corruebant, adeo vt nec ab intestato repetita sustineantur, l. Titia, ff. de inoff. test. ibi: *Nec fideicommissa ab intestato data, deberi, quasi à demente*; Consequenter quoque legatum, quod extero relictum erat de re alienari prohibita, deficere poterat, & iterum in familia manere: locusque fideicommisso intercluderetur; quod quidem, vt diximus, tunc incipiebat, cum extra familiam res prohibita transire poterat.

Et quamuis pro validitate fideicommissi replicari posset, quod in terminis nostri §. cum pater, licet exhæredatus de inofficioso quereretur, & vinceret; adhuc testamentum sustinendum foret, & in eo contenta cum sint instituti hæredes, qui etiam ab intestato succederent, vt probat Iur. c. in lege mater decedens, ff. de inoff. testam. & consequenter locus fieret fideicommisso familiari, adhuc tamen in euersionem fideicommissi replicari poterat, quod tametsi tunc pro ea parte testamentum sustineretur, pro qua sunt alij filij instituti, d. l. mater decedens, & lege nam etsi parentibus, §. vlt. ff. de inoff. test. nihilominus tamen pro parte, qua exhæredatus perlata querela uicit, legata minuuntur, cum eam partem sibi auferat, vt probat, lex cum filius 76. vbi notant omnes, ff. de legatis 2. glossa verbo, pro parte, & reliqui, in dicta lege nam etsi, §. vltimo, & ita non in totum res extra familiam transibat; & multo minus, quando plures exhæredati essent: nam pluribus de inofficioso querentibus, & suas portiones vindicantibus, nihil penè extero legatario relictum videbatur, & quodammodo fideicommisso locus non erat. Contrarium tamen merito decidit I. c. quia licet exhæredatus, exhæridatiue perlata querela vincerent: nihilominus cum pars legati extero relicti sustineatur ex ratione dictæ legis cum filius, iam aperitur locus fideicommisso familiari, ex eo, quod non fit paritum voluntati defuncti, quæ omninò prohibebat, ne fundus, aut qualibet illius pars extra familiam transiret, vt eleganter innuit noster §. cum pater.

9 Et hinc † aperitur mens Marciani, in versiculo, sed etsi cum duos, vbi adijciens idem resoluendum esse, quando plures sunt exhæredati; maiorem dubitandi rationem innuit, quasi tunc perlata inofficiosi querela testamentum pro maiori parte corruat, & minor legati pars in legatarium extraneum transire possit, maiori in familia manente.

Colligitur deinde mentionem exhæredatorum, de qua hic, esse quo minus, non quo magis fideicommisso locus sit, ex supraposita consideratione, & verbis I. c. in d. versiculo, sed etsi cum.

10 Colligitur † tandem, quod si nullus ex liberis institutus fuerit hæres, sed omnes exhæredati extraneo instituto: perlata à quolibet inofficiosi querela, & testamento rupto, omnia omninò ab extraneis auocabantur, dicta lege mater decedens, per argumentum ab speciali, cum mille iuribus, sub eodem titulo, ff. de inoff. testam. & simul fundus alienari prohibitus in familia manebat: & consequenter fideicommisso familiari locus non erit, cum totum ab intestato possideatur in familia, ac si nihil extero relictum esset, ex ratione dictæ legis qui repudiantis, §. ultimo, ff. de inoffic. testam.

11 Cur † autem exhæredatus, exhæredatiue filij, de quibus hic (quorum exhæredatio sustinetur, dum saltem pro aliqua parte testamentum stat, vt inquit Vlpianus, in lege si patronus testamento, §. si filius patroni exhæredatus, ff. de bonis libertorum.) ad fideicommissum admittantur, in sequenti specie ostendemus.

12 Secundam † speciem proponit Marcianus in versiculo, sed etsi cum duos, quando pater duos filios exhæredauit, tertium instituit, fundum extero legauit; in qua resoluit, exhæredatos posse petere fideicommissum. Circa quam resolutionem duo indaganda sunt: Primum, quænam ratio dubitandi assignari possit, ne exhæredati ad fideicommissi petitionem admitterentur? Secundum, an simul cum exhæredatis admittantur alij filij instituti, ad fideicommissum familiare, de quo ibidem.

Et quoad primum, sciendum est, rationem dubitandi in hoc textu duplicem esse posse, ne filijs exhæredatis petitio fideicommissi familiaris competeret: nam in primis exhæredati non videbantur esse de familia patris, cum mortui reputentur, lege prima, §. sed etsi patruus, ff. de coniungend. cum emancipato, ibi: *Nam exhæredatus pater eorum pro mortuo habetur*. Quæ dubitandi ratio suadetur ex versiculo quod euenit, in nostro §. cum pater, vbi similiter dubitauit de filijs emancipatis, ex eo quod per emancipationem quodammodo extra familiam positi esse censentur, vt alias innuit Papin. in lege peto, 69. §. vltimo, versiculo vltimo, ff. de legatis 2. ibi: *Siquidem sint postea emancipati, tractari potest, an hi quoque rectè fideicommissum petant: & puto rectè petituros: quoniam familiæ appellatione, personæ quoque hæ demonstratæ intelliguntur*. Quam suprapositam dubitandi rationem in terminis etiam assignauit Vallascus, d. cons. 69. n. 21.

13 Vel † adue ex eo dubitari poterat, quia licet exhæredatus filius de familia foret: cum tamen à bonis paternis remoueatur; consequẽter quoque ad auita recipiendus non videbatur, ex textu notabili in l. si ex patronis alicui, §. Iulianus, ff. de bonis libert. ibi: *Quod si à patre sit exhæredatus, ab auo non sit: non solum à libertorum bonis paternorum, verùm etiam ab aui quoque excludi debere: quia per patrem aui libertos consequitur*; &c. vbi exhæredatio facta à patre, præiudicat exhæredato in bonis auitis, qualia esse constat ea, de quibus agitur in hoc textu, in d. §. cum pater.

14 Quæ † dubitandi ratio corroboratur ex cap. licet, de voto, vbi filius ex causa potuit regni successione priuari; per quem text. tenuit receptissima sententia, quod possessor maioratus, seu fideicommissi familiaris, potest exhæredare successorem ex causa. Oldrad. cons. 94. num. 16. Alex. cons. 87. num. 4. lib. 6. Ripa in l. nemo potest, num. 7. ff. de legatis 1. Ioannes Lecerier, tract. de primogen. lib. 3. quæst. 3. Tiraq. de primogen. quæst. 21. nu. 4. & nu. 10. vbi latissimè; & in feudo idem tradit Curtius iunior, 3. parte feudorum, in membro, quemadmodum in feudo masculi descendentes succedant, num. 6. & num. 7. & nouissimè de maioratu loquens Menchaca, de success. creat. §. 21. num. 146. plures congerit Molina, de primogenijs, lib. 1. cap. 9. nu. 1.

15 Hac tamen † multiplici ratione dubitandi non obstante, secura permanet Marciani decisio in nostro §. cum pater, vers. sed etsi cum duos. Nec obstat d. l. 1. §. sed etsi patruus, ff. de coniung. cum emancip. quia exhæredatus non simpliciter mortuus dicendus est, sed tantum ad effectum illius tituli, qui a cum maneat per exhæredationem remotus à bonis paternis, non debet coniungi filio suo ad successionem patris: & sic quoad illum effectũ pro mortuo habetur; interim tamen de familia est, & in omnibus, ad quæ familia vocatur, ipse quoque vocabitur, vt eleganter decidit Marcianus hic, iuncto vers. sequenti, & l. peto, §. vlt. vers. vlt ff. de legatis 2.

16 Non obstat † deinde text. in d. l. si ex patronis alicui, §. Iulianus, ff. de bonis libertorum, vt supra perpendimus: nam respondendum est, procedere ex peculiari quadam ratione, quę respectu libertorum militat, de qua nos supra egimus, lib. 1. cap. 8. nu. 25. quod scilicet, ius patronatus quodammodo ius proprium est filiorum: nam si pater non manumisisset, seruus filijs hæredibus maneret, & vt reliqua ipsorum bona censeretur, §. vnico, vers. atqui, Inst. de fiduciaria tutela, quod eleganter innuit Vlp. in d. §. Iulianus, ibi: *Quia per patrem aui libertos consequitur*; &c. hoc est, ius patronatus subrogatur loco iuris dominici, quod filius in seruis non manumissis haberet, & quodammodo fit ius peculiare filij, ex ratione d. vers. at qui. Vnde nepos exhæredatus à patre ab auitis libertis remouetur, quasi a bonis paternis, vt alias innuit Aluarus Vallascus Lusitanus Iurisconf. in tract. de iure emphyt. quæst. 45. ad finem. Quod intellige, si pater in illo iure patronatus successisset. At fideicommissum, de quo in terminis nostri §. cum pater, non transit per patrem in filios, sed potius incipit in filijs ex facto patris, non parentis voluntati defuncti, vt ibidem patet, & supra probauimus, ergo in eo cessat omninò decisio d. §. Iulianus, quæ quidem solum militabit, quando successio inceperit à patre exhæredante, & simul deferatur non simplici iure sanguinis, sed cum qualitate hæredis, propter dictam rationem dicto §. Iulianus, in quo filius non quia hæres, sed vt hæres succedere potest. Vnde cessant quæ alias, tradit Vallascus dicto tractatu, de iure emphyt. quæst. quinquagesima, numero quinto.

17 Non obstat † d. cap. licet, extra, de voto, ad illud namque responde ex ijs, quæ tradit Ioannes le cerier, d. tract. de primog. libro tertio quæst. 6. Couarruuias, in cap. si hæredes, numero decimo de testamento Hispani Gregorius Lopez, in legæ vltima, titulo decimo partit. sexta, glossa vltima. Padilha in Auth. Hoc amplius, C. de fideicomiss. numero deximooctauo, latè Molina, de primogen. libro primo, cap. nono, numero quinto, cum præced. & seq.

18 Denique præfata † resolutio de maioratu, & fideicommisso familiari non transmittendo in filium exhæredatum, quamuis simpliciter vera esset, non militat in terminis nostri §. cum pater, vbi non agitur de fideicommisso transmittendo à patre in filios, sed potius de incipiendo a filijs, vt ostendimus; quo casu non potest dubitari, an exhæredatio nocitura sit: quia exhæredatus tunc admittitur propria, & peculiari vocatione, ex dispositione auita, & proauita. Vnde non aptè, argumento nostri §. cum pater, vers. sed etsi cum duos, resoluit Vallascus. d. tract. de iure emphyt. quæst. 45. vers. sed quid si filius, non posse patrem exhæredare filium à feudo, vel emphyteusi: nam fideicommissum familiare, in quo exheredati succedunt in terminis d. vers. sed etsi cum duos, non incipit in persona patris, sed potius propter alienationem, quam pater in externum fecit, post illius mortem incepit, & competijt omnibus de familia: alioquin si pater extraneo non reliquisset fundum prohibitum, exhæredati filij non admitterentur, vt pro-

vt probat idem §. cum pater, versic. item si vnum. At Vallascus loquitur de feudo, & emphyteusi, quæ vt talis, residebat in patre.

19 Insuper † dicta resolutio de maioratu, vel fideicommisso familiari non transmittendo in filium exhæredatum; tuta non est, nisi agamus de maioratu, siue fideicommisso, quod iure hæreditario defertur: nam in successionibus, quæ simplici iure sanguinis deferuntur, vt regulariter euenit, non debet attendi exhæredatio facta ab vltimo possessore respectu filij successoris: tunc autem exhæredatio obesset, quando iure hæreditario successio fieret, vt eleganter comprobat Gomesius, in l. 40. Tauri, numero 71. & verissimum dicit (contrarias opiniones ita concilians) Molina, d. libro primo de primogen. cap. nono, numero tertio, omninò videndus; & in simili de feudo, & emphyteusi tradit Vallascus, d. quæst. 45. vers. & id circo.

20 Quod † attinet ad secundum quæsitum, an in nostro §. cum pater, versiculo, sed etsi cum duos, cum exhæredatis simul admittantur instituti ad petitionem fideicommissi? distinguendum reor: Aut enim instituti adimpleuerunt voluntatem defuncti; aut noluerunt adimplere: si sumus in primo casu, resolutiuè dico, filios institutos non fore simul admittendos cum exhæredatis ad petitionem fideicommissi, de quo hic: tum, quia non debent venire contra factum proprium, cum deficiant ea, quæ aliàs requirūtur per Vallasc. d. cons. 69. numero decimoquarto: tum, quia indigni putantur à iure, ex l. cum pater, §. libertis, ff. de legatis 2. vbi notant omnes. Molina, de primog. libro quarto, cap. primo, numero decimosexto, & ab ipso testatore (qui in eo casu fideicommissum induxit) à talis fideicommissi persecutione arcentur. Nec obstabit noster §. cum pater, vers. sed si omnes: loquitur enim in alijs terminis, vt inferius ostendemus.

21 Nec † iuridica ista, & necessaria resolutio obuiat sententiæ, quam in initio secuti sumus, scilicet, successorem maioratus, & fideicommissi familiaris, simul, & hæredem vltimi possessoris posse reuocare alienationem rerum maioratus, seu fideicommissi, factam ab vltimo possessore: quia ibi non agimus de successore, & hærede, qui consensit, & approbauit factam alienationem: iste enim censetur, ac si alienasset: vnde vel remouebitur, vel admittetur contra proprium factum, quando iuris dispositio, vel testantis voluntas alterutrum suaserit; Sed tantum quærimus, an possit successor, & hæres, si velit, rescindere, vel impedire alienationem factam ab vltimo possessore de rebus maioratus, vel fideicommissi, quam non probat? & respondemus, posse.

22 Si vero † in specie nostri vers. sed etsi cum duos, filius, vel filij instituti noluerunt stare voluntati patris extraneo legantis rem prohibitam alienari extra familiam, tunc sine dubio admittentur ad fideicommissi petitionē, cum sint omninò de familia, & tunc peculiari vocatione inuitentur; quod innuit versic. iste, dum maiorem dubitandi rationem in exhæredatis considerat, vt supra perpendimus; & manifestissimè comprobat idem §. cum pater, versiculo sed si omnes, de quo inferius agemus, & simul cum institutis admittentur exhæredati, vt inquit I. c. in d. versic. sed etsi cum, vt probauimus, & ita omnes admitti docet I. c. in l. is qui complures, 94. ff. de legatis 3. ibi: *Et Iulianus rectè omnibus deberi putauit*.

23 Et in his † terminis inter filios institutos, & exhæredatos, fideicommissi succesio in viriles portiones diuidetur: tum, quia pariter ab auo vocantur: tum etiam, quia cessat ratio inducendæ partitionis, de qua agit I. c. in versiculo sed si omnes, cum exhæredati sint ab hæreditate patris exclusi, secundum quam explicationem intelligetur etiam partitio fideicommissi, de quo agit Iurisconf. in dicta lege, is qui complures, 94. in fine, ff. de legatis 3.

24 Ex † quibus reijcienda venit glossa sententia hic, verbo, exhæredatos, quam ibidem reliqui ordinarij sequuntur; dum asserit filios institutos in terminis d. vers. sed etsi cum, non admitti ad fideicommissi petitionem, quod glossa confirmat ex regula l. ex qua persona, ff. de regulis iuris, posset etiam confirmare ex l. vnum ex familia, §. sed si vno, iuncta glossa, verbo, doli, & § si duos, ff. de legatis 2. vbi pro parte hæredis videtur sustineri legatum in exterum collatum, de re aliàs familiari, & fortius ex §. sed etsi fundum, in d. l. vnum, ibi: *Dixi, ita demum fideicommissum peti posse, si fundi pretium*; &c.

25 Nam hęc † communis glossæ, & reliquorū opinio, ex adductis nō iuuatur; In primis enim regula text. in d. l. ex qua persona, vt iā propè initiū tetigimus, tunc locū sortitur, quando hęres agnoscendo voluntatē defuncti, illam sustineret, secus, quando indistinctè corrueret, alijs de familia statim petentibus maioratum, vel fideicommissum, vt inferius probabimus.

26 Nec iuuat † deinde d. l. vnum, §. sed si vno, & §. si duos: nam omissis glossæ, & interpretum hinc inde expositionibus; puto in vtroque §. heredes, non esse remotos à fideicō missi portione, quod ex facto defuncti, oibus de familia cōpetijt, & ideo, d. §. sed si vno, ibi:

Verum is qui hæres script us est, ratione doli exceptionis, ceteris fideico mmißum petentibus facere partem intelligitur: nam qua ratio ceteros admittit, eadem taci tam inducit pensationem; non innuit hæredem esse omninò exclusum à fideicommisso; alioquin partem non faceret: sed tantum quærit, an ex eo, quod ceteri de familia allegent, illum hæredem esse, & defunctum extra familiam alienãtem repręsentare, debeat ab ea fideicommissi portione remoueri, quæ ei, vt cuilibet de familia competebat; & respondet hæredem doli exceptione esse in sua portione tuendum illam retinendo: ob parem rationem, quæ in quolibet de familia, siue instituto, siue non instituto militat. & similiter explicari debet d. §. si duos, ibi: *Virilem, qui sunt de familia petent: admissa propter hæredes, virilium portionum compensatione*.

27 Quæ portio † competens instituto hæredi non in commodum extranei legatarij, de quo ibi, sed ipsius hæredis erit, vt probat d. §. sed si vno, ibi: *Facere partem intelligitur*; &c. iuncta l. cum pater, (quæ eiusdem Papiniani est) §. libertis, ff. de legatis 2. Nec obstat d. l. vnum, §. sed & si fundum, vbi text. probare videtur, fideicommissum pro ea parte, quæ hæredi competeret prodesse quoque extero fideicommissario, statim namque satisfacies.

28 Quod tamen † intelligimus, si hæres non consenserit legato fundi prohibit i in exterum collato, alioquin si consentiat, remouebitur omninò, & vt indignus partem non faciet, vt eleganter inquit d. l. cũ pater, §. libertis, ff. de legatis 2. & supra latius confirmauimus; quod satis innuit d. §. sed si vno, & §. si duos, dum decidentes hæredem facere partem, statim meminere pensationis, & retentionis: quod ostendit rem adhuc esse apud hæredem: quasi dicant, aliter resoluendum fore, si fundus extero iam legatario traditus esset, in quo manifestus hæredis consensus inspicitur, & ita explicanda est glossa, verbo, exhæredatos, in fine, in nostro §. cum pater, & ibidem Ioannes Imola, ad finem & reliqui.

29 Non iuuat † tandem suprapositam glossæ sententiam dicta lege vnum, §. sed & si fundum: nam ibi in fideicommisso fundi alienari prohibiti, in exterum collato, duplex species assignatur. Prima est, quando prior testator de fundo ita cauerat; *Rogo fundum, cui voles, aut quibus voles ex familia relinquas*; & in ea securè resoluit, fideicommissum in extraneum collatum peti posse, si rogatus, tantundem ex bonis defunctis consequatur; & ita ibidem tenet glossa Dynus. Bart. Ioannes Imola numero decimo septimo, & reliqui. Ratio est: quia dispositio primi testatoris non inducebat fideicommissum familiare perpetuum, sed tantum respectu priorum successorum, vt constat ex ijs, quæ tradit Cumanus, in lege cum ita, §. in fideicommisso, numero quarto, & in lege peto, §. fratre, numero 5. ff. de legatis 2. Socin. in lege si cognatis, col. 8. & 9. ff. de rebus dubijs. eleganter Molina, de primogen. lib. 1. capit. 5. numero 28. ita vt primi successores de familia, iam deinceps possint alienare, & disponere tanquam de re propria: & propterea possunt grauari in restitutione eiusdem rei, si seruetur regula lege Imperator, 70. ff. de legatis 2. vt securè decidit Papin. in dicto §. sed & si fundum; ibi: *Rem in expedito fore*; in quibus tamen terminis non procedit noster §. cum pater.

30 Secunda † species est, quando prior testator perpetuum fideicommissum familiare fecit, vt ecce, si dicat; *Peto non fundus de familia exeat*: vt ex his verbis colligi tenuerunt Cumanus d. num. 4. & d. nu. 5. Socin. a d. col. 8. Molina, d. cap. 5. num. 28. in qua specie ita resoluit Papinianus, in d. §. sed & si fundum, ibi: *Quod si talia verba fuissent, peto, non fundus de familia exeat: hæredis hæredem propter sequens fideicommißum, quod in externum collatum est, oneratum intelligi*; &c. Quæ verba interpretes omnes ita intelligunt, vt vel putent, extraneum fideicommissarium obtenturum æstimationem fundi prohibiti, vt volebat gloss. ibi, verbo, oneratum, Dynus, quem ibidem refert, & reprobat Ioannes Imola, n. 19. vel etiam ipsum fundum alienari prohibitum ad extraneum peruenire debere, licet ab eo per ceteros de familia auocandus foret.

Verum hęc duplex explicatio non conuenit: nam si mens testatoris esset, (quando fundum prohibitum restitui extero iubet) vt illius æstimatio extraneo solueretur: iam ceteris de familia non pateret aditus ad petendum fideicommissum: cum nihil contra prohibitionem testatoris primi factum sit, tunc enim disponit secundus testator de proprio patrimonio non de alieno, & tamen d. §. sed & si fundum, vers. petituris, ostendit apertum esse locum omnibus de familia, quod videlicet contra formam prioris testatoris disponeretur, ergo, &c. Si verò intelligamus quod hæres hæredis iubentis prohibitum fundum extero restitui, tenetur effectualiter eidem fundum restituere id quidem sine vtilitate foret, cum statim ab extero auferendus esset, vt est constitutissimum per omnes ibidem, ex Ioanne Imola, n. 17. ad finem: nam quandocunque res alienari prohibita extra familiam alienatur, statim ceteris de familia competit fideicommissi petitio, text. in l. peto, §. fratre, ff. de legatis 2. ibi: *Sed si domus ad exterum quandoq; peruenerit, fideicom-*

fideicommissi petitio fami ia competit, &c. Paul. Castr. in l. cum pater, §. libertis, n. 4. ff. de legatis 2. & in l. vlt. §. vlt. nu. 7. C. communia de legatis; eleganter Molina, omninò videndus lib. 1. de primogenijs, cap. 16. nu. 32. & n. 33. respondet obiectis.

31 Vnde † relata verba d. §. sed & si fundum, quateuus dicunt, hæredem hæredis oneratum intelligi, omninò debent explicari respectu fideicommissi familiaris, vt videlicet, quando fideicommissum est perpetuum familiare, & ab hærede hæredis per fideicommissum iubetur alicui extraneo restitui, eo ipso aperiatur locus omnibus de familia ad fideicommissi petitionem; & in hoc manet oneratus hæres hæredis; quamuis ipse, qui de familia est, principaliter fuerit electus: quasi idem sit, quando directè extero legatur, vel quando per indirectum mediante restitutione, vt tenuit glossa ibidem, verbo, efficiat, in fine, & hinc prouenit, quod post mortem primi hæredis relinquentis, ceteri de familia admittuntur, vt patet ibi: *Petituris deinceps ceteris ex primo testamento fideicommissum, post mortem videlicet, eius, qui primò electus est*, &c. vbi statim, cum primus hæres, qui fundum prohibitum extra familiam reliquit, decesserit (de eo enim intelliguntur proximè relata verba, ibi: *Post mortem videlicet eius*, &c. Quid quid de morte hæredis rogati interpretetur glossa ibidem, verbo, eius, quam ibi sequitur Bart. num. 2. in fine, Paul. num. 4. vers. vlt. Imola num. 18. & alij, sentit Tiraquel. de retractu conuentionali, §. 3. glossa vnica, num. vlt. in fine) ceteri de familia admittuntur: dubitabatur namque, an statim à tempore, quo primus hæres in suo testamento relinquebat extero fundum prohibitum, competeret fideicommissi petitio omnibus de familia? propter d. l. peto. §. fratre, ff. de legatis 2. vt superius notauimus. Sed deciditur, non statim, sed cum moritur, admitti debere; quia tunc videtur alienare extra familiam: nam antea vltima voluntas imperfecta est, & omnino reuocabilis, ac si facta nunquam fuerit, l. 4. ff. de adimend. legat. l. cum hic status, §. ait oratio, ff. de donat. inter virum l. si quis Imperatorum, 6. C. qui testam. facere poss. cap. cum Marthæ, 6. vers. ceterum, extra de celebrat. missarum.

32 Nec obstabit † d. l. peto, §. prædium, ibi: *Tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus*, &c. nam apertè loquitur de causa simpliciter necessaria, & propterea attenditur mors eius, à quo immediatè bona ad exterum deuenerunt, quod non euenit in obligatione restituendi extraneo, quæ prouenit a libera aditione hæreditatis; effectus enim, qui necessario sequuntur ab actibus liberis, & voluntarijs, non sunt dicendi simpliciter necessarij, quales requirit d. §. prædium, sed potius voluntarij in sua causa, & origine, quam quis liberè amplectitur: quidquid in propositis terminis contradicat glossa, verbo, voluntaria, ad finem, in dicto §. prædium, vbi fere omnes sequuntur. Ioannes Imola, numero 19. ad finem, & quos simul supra proxime citauimus.

33 Et ex dictis † infertur intellectus ad eundem §. sed etsi fundum, vers. & ideo, dum inquit: *Et ideo si electo vno, fideicommissum, in exterum non conferatur, non aliàs ei, qui electus est, fideicommissum præstandum erit, quam interpositis cautionibus*; &c. quasi dicat, cum hæres non possit fundum prohibitum extra familiam alienare, siue ex suo arbitrio, siue rogatus ab alio: sequitur, non aliàs familiare fideicommissum præstandum, quam si prius cauerit, se cum effectu penes se conseruaturum tale fideicommissum: quod manifestè probat, nullo vnquam casu posse hæredem rogari, vt fundum prohibitum extra familiam alienet, etiã per tempus vitæ suæ, vt satis ab speciali probat d. §. prædium.

34 Succedit † iam tertia species, quam proponit Marcianus in nostro §. cum pater, vers. quod euenit, si testator filios omnes emancipasset, an ad eos emancipatos fideicommissi familiaris petitio pertineat; respondet, pertinere. Ratio dubitandi erat, quod filij emancipati, videbantur esse extra familiam, sicut & extra potestatem sunt, §. ceteri. Inst. de hæred. qualit. & consequenter illis non competere petitionem fideicommissi familiaris, vt innuit Pap. in l. peto, §. fratre, vers. vlt. ff. de legatis 2. gloss. hic, verbo emancipasset. Sed quia emancipati ad hunc effectum, qui naturaliter consideratur, & secundum ius sanguinis, sunt in familia, ad fideicommissum recipiuntur, vt etiam decidit Pap. in d. §. fratre, versiculo vltimo, quod autem emancipati adhuc dicantur esse in familia patris naturalis emancipantis, probat in primis dicto §. fratre, versiculo vltimo, & glossa, verbo, non habebitur, in lege prima, versiculo in eo, ff. ad Senatus cons. Syllan. quod etiam probatur per text. ibi: vbi serui matris non possunt torqueri pronece filij: & tamen serui patris possunt pro nece filij emancipati, iuxta versiculum præcedentem, in eadem lege prima, ibi: *Vt etiam ad eos liberos pertineat, qui in potestate non sunt*; &c. & constat, vtrobique tam respectu matris omnes liberos, quam respectu patris emancipatos, non esse in potestate, dicto §. ceteri, ergo, vt ali-

qua possit assignari differentia, & decidendi ratio quoad illud Senatus consultum, opus est, dicere emancipatos adhuc censeri in familia patris: non tamen filios respectu matris, vt etiam innuit l. pronunciato, §. vlt. in fine, ff. de verb. signif.

35 Vnde † apertè colliges I. c. in nostro §. cum pater, totum esse in indagando, an illis, qui aliqualiter extra familiam esse videbantur, competat fideicommissi petitio? & decidit, cōpetere, & ita probat potius hic tex. I. c. velle magis ostendere, prædictos filios exhæredatos, & emancipatos esse de familia, & admitti ad fideicommissum familiare; quam excludere filios institutos ab eodem fideicommisso, vt tetigit, sed non firmauit Vallasc. cons. 69. num. 21.

36 Deinde † colliges I. c. circa emancipatos maiorem dubitandi rationem sensisse, quam quoad exhæredatos, vt innuit d. vers. quod euenit, ibi: *& si viuus filios emancipasset*, &c. & ratio est: quia exhæredatus, nunquam exiuit patria potestate; exhæredatio enim solum remouet a bonis, si testamentum subsistat; & ideo, si postea testamentum irritetur, exhæredatio quoque extinguitur, & filius suus hæres etiam cum effectu remanet, l. filium, ff. de bonorum poss. contratabul.

37 In hac tertia † specie non se restringit I. c. ad alienationem factam per viam vltimæ voluntatis; sed potius generaliter loquitur de qualibet alienatione etiam inter viuos, vt col ligitur ex d. vers. quod euenit, ibi: *Et postea fundum alienasset*; &c. vbi cum dicat I. c. testatorem, postquam filios emancipauit, fundum alienasse: videtur sentire, alienationem etiam fuisse factam in vita, & iam tunc emancipatum ad fideicommissi petitionem admittendum.

38 Quarta species † est in vers. sed si omnes, vbi fundo alienari prohibito extra familiam collato, & reliquis filijs hæredibus institutis; resoluit, omnes ad fideicommissum admitten dos, & non pro virilibus, sed pro hæreditarijs, quas habent, portionibus. Quod autem loqua tur in terminis, in quibus alienatio in exterum collata fuit; probatur in primis, ibi: *Sed si*, quæ aduersatiua suppositis ijsdem terminis circa alienationem, variat speciem circa qua litatem eorum, qui sunt de familia, vt videlicet, si nec sint exhæredati, nec emancipati præteriti, an & pro qua parte admittantur? Deinde probatur, ibi: *Non possunt petere fideicommissum ex minore parte scripti*; &c. vbi agit de petitione fideicommissi, quæ quidem tunc locum habebat, quando extra familiam alienatio fiebat, vt supra passim notauimus, & probauimus; nam manente fundo in familia, inter ipsos hæredes vltimi possessoris, sicut & reliqua eiusdem bona, diuidebatur. Probatur tandem ex vers. item si vnum, ibi: *Nec quicquam legasset*; &c. vbi quando instituto filio non fuit facta alienatio extra familiam, id statim expressit I. c.

39 Nec obstat † d. vers. sed si omnes, ibi: *Verum est enim, in familia reliquisse, licet vni reliquisset*; &c. Quæ verba rationem præcedentium reddere videntur, & consequenter innuere, fundum non esse alienatum extra familiam; nam (vt obiectionem diluamus) si prædicta verba præcedentibus annecterentur in vim rationis, vt ipsa denotant, contrarium maneret decisum, videlicet, non omnes de fa milia pro hæreditarijs portionibus esse admit tendos, si vni de familia fundus legatus esset: non enim tunc locus aperitur fideicommissi petitioni, vt supra probauimus, & ostendit vers. sequens. Quapropter relata verba non ad præcedentia referuntur, sed ad tacitam quā dam quæstionem, vtrum scilicet relicto fundo vni de familia, etiam alijs competat petitio fideicommissi? & negatiuè respondere I. c. supponunt relata verba, vbi ratio redditur, de quo etiam agitur in vers. sequenti.

40 Supposito † igitur, quod instituti admittuntur: non modica difficultas oritur in termi nis d. vers. sed si omnes, quatenus fideicommissi distributio non in viriles, sed in hæreditarias partes fiat: cum in fideicommisso, non ex voluntate patris, sed potius contra ipsam recipiantur; Id autem forsan tradit I. c. quia etiam ius accrescendi hæreditarium contra voluntatem aliquando inducitur: vt alias tenuit Dynus (cuius sententia est in puncto iuris verior, de quo alibi) relatus à Baldo in l. si quis ita hæres instituatur, ff. de hæred. instit. & tamen nunquam in eo viriles, sed hæreditariæ partes attenduntur; dandæ itaque sunt manus I. consulto, qui adhuc quoad distributionem fideicommissi voluit conseruare voluntatem defuncti coniecturatam ex disparitate portionum: vnde si extra hos terminos simus, immò aliquis exhæredatus vel emancipatus præteritus ad tale fideicommissum admittendus foret, tunc æqualis, ac virilis omnium fieret distributio, vt supra probauimus.

41 Vnde † iam manebit hic text. apertus contra illos, qui ex illo nitebantur ostendere, successorem maioratus, vel fideicōmissi familiaris, si simul est hæres vltimi possessoris, aliquid extra familiam alienantis, non posse alienationem reuocare.

42 Quod † si quis malit intelligere, d. vers. sed si omnes, quando fundus alienari prohibitus, extero non legatur, facile admitterem; tunc enim omnes instituti, quasi pro suis portioni-

bus

bus vocati ad fideicommissum admittuntur, & ita ex institutione dicitur quisque electus Bartol. Bald. Ioannes Imola, nu. 14. & alij, in l. vnum, §. si duos, ff. de legatis 2.

43 Vltima † tandem species nostri §. cum pater, est in vers. item si vnum, quando testator simpliciter instituit filium, fundumque extero non legauit: nam tunc solus institutus fideicommissum consequitur ex supra proxima ratione, quamuis alij filij superfint exhæredati. Interim enim dum fundus manet in familia, non competit fideicommissi petitio omnibus de familia: vt ostenditur in vers. verum est enim, supra, hoc eodem §.

Vnde colligitur, quod exhæredatus non admittitur ad fideicommissum familiare: nisi in casu, quo hæres contrauenit voluntati primi testatoris: quia tunc omnis familia in pari gradu vocatur, l. peto, §. fratre, ff. de legatis 2.

Manet igitur in hoc §. cum pater, tantum abesse, quod I.c. dicat, ad fideicommissum familiare non admitti filios institutos, quando fundus prohibitus, à patre in exterum collatus est: quod immò illos solos de plano admitti supponat, vtpote in familia existentes: solumque dubitasse de filijs exhæredatis, & emancipatis; quasi iam non essent de familia; illosq; denique recipi decidit, quando omnibus de familia aperitur fideicommissi petitio.

SVMMARIVM.

Latè agitur de conciliatione l. falsus, 44. §. si iactū, ff. de furtis, & l. 3, in principio, ff. de incend. & §. vlt. Inst. de rerum diuis. cum l. 1. §. Scæuola, ff. si is qui testam. liber esse, à nu. 1. per totum, & præcipuè à nu. 5.

Mobilia excepto homine tamdium à nobis possidentur, quando si velimus, actualem eorum possessionem nancisci possimus, d. nu. 1.

Explicatur l. 3. §. Nerua, ff. de acquir. possess. contra Bart. ibidem.

Si præcedit dispositio generalis, & sequitur exceptio respectu speciei sub certo modo considerata: tam ipsa species sub alio modo, quam totum genus comprehensum manet. ibidem.

Explicatur remissiuè l. nam quod liquidè, 4. §. vlt. ad fin. ff. de penu legata, ibidem ad finem.

Assignatur ratio, cur seruus, dum est in fuga, à domino possidetur. nu. 2.

Per seruum fugitiuum possidemus. ibidem.

Explicatur l. Peregrè, 43. ff. de acquir. possess. numero 3.

Fragilitas memoriæ non obest possessioni rerum mobilium. ibidem.

Qui proijcit merces in mare causa imminentis periculi euitandi, non habet animum habendi pro derelicto, numero 4.

Qui proijcit merces in mare leuandæ tantum nauis causa, quamuis dominium retineat, possessionem tamen inuitus amittit. ibidem.

Conciliatur obiter nostra l. falsus, §. si iactum, ibi: quod plerumque credendum est; *ff. de furtis, cum §. vlt. Inst. de rerum diuis. & similibus. ibidem.*

Qui res in mare ob euitandum naufragium proiectas, leuandi animo abstulerit, furti tenetur. numero 5.

Furtum iure naturali prohibetur. nu. 7.

Ad furtum contrahendum termini naturaliter habiles requiruntur. ibidem.

Explicatur l. falsus, §. qui alienum, vers. quod si dominus, ff. de furtis. nu. 8.

Cur hæreditati iacenti furtum non fiat. ibidem.

Res hæreditariæ nullius in bonis sunt. ibidem.

Etiam solius possessionis, & detentionis furtum fit. num. 9.

Exponitur mens I.c. in nostro §. Scæuola, num. 10.

Inter I. consultos magna olim fuit altercatio, an rei hæreditariæ furtum fieri potuisset. ibidem.

Explicatur l. gerit. 88. ff. de acquir. hæred. ibi: Possessio qualisqualis fuit in hæreditate; *&c. num. 11.*

Explicatur l. A Titio. ff. de furtis. nu. 14.

Quod seruus hæreditarius purè legatus subtrahit ab hærede futuro, consequitur hæres a legatario agnoscente legatum. ibidem.

Legatum purum rectà via nunquam factum hæredis, transit à defuncto in legatarium adita hæreditate. ibidem.

Explicatur, & notatur I.c. Caius. in l. si seruus Titij, 70. ff. de legatis 1. nu. 15.

Si seruus hæreditarius aliàs purè legatus aliquid subtrahit ab hæreditate, non competit hæredi actio furti, sed alia remedia, nu. 16.

Explicatur latè, & eleganter l. si homo, ff. de vsucap. à num. 17.

Non potest dari furtum in re, quæ à nemine possessa sit, vel cuius dominium naturale apud neminem sit. nu. 18.

In fructuario datur naturalis possessio, seu detentio respectu rei, et uera possessio respectu sui iuris. n. 19

Iura, quæ dicunt, fructuarium non possidere, vel naturaliter tantum possidere, intelliguntur de re, non verò de iure vsusfructus. ibidem.

Fructuarius dum rem dumtaxat tenet, antequam actualem habeat vsumfructum, non transfert in dominum possessionem rei. nu. 20.

Explicatur obiter l. quisquis. C. de donat. ibidem.

In d. l. si homo, legatarius in specie possederat seruum. contra omnes ostenditur. numero 21. & num. 25.

Explicatur d. l. si homo, vers. vlt. nu. 22.

Fructuarius, quando vtitur, fruitur, efficit alium verum dominum, & possessorem. ibidem.

Expli-

CAPVT IX.

Conciliatio ad Vlp. in l. falsus, 44. §. si iactum, ff. de furtis. & in l. 3. in princip. ff. de incendio, ruina, naufrag. cum se ipso in l. 1. §. Scauola, ff. si is, qui testam. liber esse iussus; &c.



1 VT inter † præpositâ iura, abstrusæ difficultatis, & diffidij robur emergat: præ oculis statuenda est elegans illa I. c. Neruæ doctrina, quam refert Iul. Paul. in l. 3. §. Nerua, ff. de acquir. possess. vbi ita scribit: *Nerua filius res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint: hactenus possideri; id est, quatenus, si velimus, eius naturalem possessionem nancisci possimus*; &c. conspirat Vlp. in l. Pomponius, 13. ff. eodem tit. ex quibus ostenditur, mobilium possessionem toties amitti, quoties, si velimus, apprehendi non possit: quamuis interim dominium retineatur, vt expressit d. l. Pomponius, & ita in d. §. Nerua, tradunt Paul. Castr. Iaf. nu. 3. Imola, in princip. & fere reliqui posteriores interpretes.

Quæ quidem regula d. §. Nerua, nequaquam restringenda est ad se mouentium brutorum possessionem, vt ibidem volebat Bart. cuius expositio iuuabatur ex eodem textu, ibi: *excepto homine*; &c. nam exceptio firmat regulam in contrarium, in eodem tantum genere; vt eleganter innuere videtur I. c. Paul. in l. nam quod liquidæ, 4. §. vlt. ff. de penu legata, ibi: *Sed si ita scriptum sit, omnem penum, prater vinum, quod Roma erit; sola penus, qua Roma est, legata videtur*; &c. iunctis ijs, quæ secundum communes traditiones refert doctissimus Couar. lib. 2. var. resolut. cap. 5. nu. 4. ad finem, cum seq. Atque ita dum I. c. in d. §. Nerua, excipit hominem, videtur ponere regulam in se mouentibus brutis, vt innuit etiam ibi: *Nam pecus simul ac aberrauerit*; &c.

Verum hæc interpretatio ad d. §. Nerua, est falsa, & vt talem ita supponunt ibidem reliqui ordinarij interpretes. Nec pro Bart. quidquam euincit suprapositâ consideratio: nam verius est, secundum coactam iuris rationem, quod quando præcedit dispositio generalis plures continens species; & postea sequitur exceptio respectu certæ speciei sub certo modo conceptæ; tam ipsa species sub alio modo, quam genus comprehensum censetur, vnde cum I. c. in d. §. Nerua, loquatur de rebus mobilibus, excepto homine; vt verbum (*Mobilia*) comprehendat etiam se mouentia, l. mouentium, 93. ff. de verb. signific. except io hominis subiuncta firmat regulam in contrariu, vt non solum comprehendantur omnia mobilia inanimata, sed etiam animata anima irrationali; & quod hæc fuerit I. c. mens, probatur ex eodem textu, ibi: *Nam pecus*; & ibi: *Aut vas*; vbi exemplificans in animatis brutis, & inanimatis, totum genus comprehendere voluit excepto homine. Nec iam obstabit d. l. nam quod liquidæ, §. vlt. in relatis verbis, quia, vt ex Oldrado, & Decio latè, & eleganter ostendit Couar. dicto cap. 5. num. 5. non propter exceptionem certæ speciei, sed propter adiectionem loci restringitur generale legatum, de quo ibidem.

2 Cur autem † excipiatur hominis possessio, quamuis illam, quando velimus, nancisci non possimus: vt ecce, si in fuga est: ex eo prouenit, ne sit in potestatate serui, dominum sui possessione priuare, d. l. Pomponius, vers. namque, ff. de acquir. possess. ibi: *Ne ipse nos priuet possessione sui*; &c. l. interdum, §. serui, vers. vlt. ff. de publicanis. Indeque prouenit, quod & per seruum fugitiuum possidemus, l. 1. §. per

1. §. per seruum, qui in fuga, vers. possessionem, & l. per eum, ff. de acquir. possess.

3 Constat † igitur mobilia hactenus possideri, quatenus, si velimus, eorum naturalem possessionem nancisci possimus, & hinc primò colligitur mens Papiniani in l. peregrè, 43. ff. de acquir. possess. dum casum proponens de peregrè profecturo, qui pecuniam in terram custodiæ causa condiderat, & reuersus locum thesauri memoria non repetebat: dubitauit, an pecuniam desijsset possidere? sciebat namque excellens Papin. res mobiles tamdiu possideri, quamdiu, si velimus, naturalem earum possessionem nancisci possimus: & consequenter in posito casu videri pecuniæ possessionem amissam. Verum, quia tunc nullum dabatur naturale impedimentum ex parte cōdentis, nec ex parte rei conditæ, nec medij tandem: solumque fragilitas memoriæ obstabat, quæ damnum possessioni afferre non debet, respondit, possessionem in his terminis non esse amissam, ex eleganti consideratione, quam subnectit in vers. alioquin, ibi: *Alioquin responsuros per momenta, seruorum, quos non videmus, interire possessionem*; &c. Papinianus loquitur de pecunia condita causa custodiæ, quam quis volens, propter infirmitatem tamen memoriæ non poterat inuenire: non verò de illa, quam quis per simplicem obliuionem non indagauerat, seu potius quodammodo deseruerat, de qua obliuione, an, & quanto tempore per ipsam, rerum possessio amittatur, vide Cassanæum, in consued. Burgund. Rubr. 9. §. 22. in princip. à nu. 1.

4 Colligitur † deinde, quod si quis leuandæ nauis causa, & ad euitandum commune periculum merces in mare proijciat, non animo pro derelicto habendi (vt in dubio præsumitur, iuxta l. 2. §. vlt. in fine, & l. qui leuandæ, 6. ff. ad legem Rhodiam de iactu, §. vlt. Inst. de rerum diuisione, nec tunc obstabit nostra l. falsus. §. si iactum, ff. de furtis, ibi: *Quod plerumque credendum est*; &c. quia non aliter Papinianus resoluit, animo derelinquēdi præsumi merces proiectas; quā si proijciens sciat perituras, vt subiungit statim, ibi: *Cum sciat perituras*; &c. quasi innuens, quod tunc stamus supra positæ regulæ contrariæ, quando considerabilis est euasio proiectorum, vel quando sumus in dubio: secus, quando certo scitur, omninò peritura, ratione loci, & similium circumstantiarum; & ita cessant diuinatiuæ interpretum conciliationes) statim possessionem amittit; quia hactenus res mobiles à nobis possidentur, quatenus naturalem possessionem nancisci possumus, vt inquit d. §. Nerua. Imola. in l. si homo, nu. 4. ff. de vsucap. interim tamen retinet dominium, vt generaliter docet I.c. in d. l. Pomponius. ff. de acquir. possess. & in specie in d. l. 2. §. vlt. in fine, & in l. qui leuandæ, ff. ad legem Rhodiam de iactu, d. §. vlt. Inst. de rerum diuis. Hæc autem possessionis amissio non prouenit ex vlla voluntate possessoris, sed potius ex qualitate rerum mobilium, quæ potentialem insistentiam semper requirunt.

5 His sic † præhabitis, iam succedit decisio, & difficultas nostri §. si iactum, vbi ita scribit Vlp. *Si verò non hoc animo, sed eo, vt si saluum fuerit, haberet: ei, qui inuenit, auferendum est; & si scit hoc, qui inuenit, & animo furandi tenet; furti tenetur.* &c. vbi, qui merces in mare leuandæ nauis causa proiectas, nec habitas pro derelicto, lucrifaciendi animo aufert, furti teneri dicitur, consentit l. 3. & l. si quis, 5. ff. de incendio, ruina, naufr. & §. vlt. Inst. de rerum diuis. ibi: *Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit*; &c.

Ex quibus iuribus manifestè colligitur, cōmitti furtum in re, cuius nulla possessio penes aliquem est: cum supra probauerimus, rerum mobilium possessionem tamdiu retineri, quamdiu si velimus, earum actualem possessionem nancisci possimus: & constet, mercium in mare proiectarum cuitandi naufragij causa, nos non posse ad libitum possessionem actualem nācisci; & ita in terminis vltra alios tradit Ioannes Imola, in l. si homo, num. 4. ff. de vsucap.

6 Verum † neruosè refragatur idem Vlpianus Scæuolam secutus, in l. 1. §. Scæuola, ff. si is, qui testam. liber esse, dum inquit: *Scæuola ait, possessionis furtum fieri. Denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri, idcirco autem hæreditati furtum non fieri, quia possessionem hæreditas non habet, quæ facti est, & animi*; &c. vbi solius possessionis furtum fieri docetur, adeo, vt si nullus sit possessor, nullum furtum committatur, vt citando d. §. Scæuola, intendit Cuiac. in §. 1. Inst. de oblig. quæ ex delicto, cuius contrarium docet Vlp. in d. §. si iactum.

7 Pro † conciliatione in primis aduertendum est, quod cum furtum sit iure naturali prohibitum, vt probat l. 1. §. vlt. ibi: *Quod lege naturali prohibitum est, admittere*; ff. de furtis, §. 1. Inst. de obligat. quæ ex delict. iunctis ijs, quæ tradit patruus meus Arius Pinellus, in Rubr. C. de rescind. vendit. 1. parte, cap. 1. nu. 21. innuit l. probrum, 41. ibi: *Puta furtum, adulterium, natura turpe est*; &c. ff. de verb. signific. & ibidem notat glossa, verbo, turpe, & reliqui, excepto Alciato, vbi defendit, furtum iure dumtaxat ciuili prohiberi. Cuius sententia merito improbatur: quia si iure

si iure gentium, quod naturale appellamus (vt alias inquit Cæsar, in §. singulorum, Inst. de rerum diuis.) dominia distincta sunt, l. ex hoc iure, ff. de iustit. & iure, benè sequitur, eodem iure prohiberi furta, quibus quis alienas proprietates inuadit. Cum igitur iure naturali, siue gentium prohibitum sit furtum, omnia in eo debent naturaliter considerari, semota omni ciuili fictione, quam nequaquam agnouit ius naturale, aut gentium.

8 Secundum † quæ, quando Vlp. in nostra l. falsus, §. qui alienum, vers. quod si dominus, ff. de furtis, dicit, ibi: *Nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat*; &c. ominò intelligit de persona vera, & naturaliter considerata, cui furtum fiat; non verò de ficta; & inde prouenit, hæreditati iacenti furtum non fieri: quia vera persona ibidem non reperitur, vt inquit eleganter Iul. Paulus, in l. vlt. ff. de crimine expilatæ hæred. ibi: *Sicut, nec eius, quæ sine domino est*; &c. vbi dicit, rem hæreditariam esse sine domino, & ideo ipsius furtum non fieri: nam mortuo domino, res hæreditariæ attenta veritate, nullius in bonis sunt, vt agnoscit I.c. in l. 1. ibi: *Nam res hæreditariæ, antequam aliquis hæres existat, nullius in bonis sunt*; &c. ff. de rerum diuis. & persona, quæ à iure inducitur, ficta est, vt inquit l. hæreditas in multis, ff. de acquir. rerum domin. ne videlicet bona vacarent, & primo occupanti concederentur.

9 Aduertendum † deinde est, quod etiam solius possessionis, aut detentionis (si ius aliud tenenti non superest) furtum committi potest, vt inquit l. 1. §. vlt. ff. de furtis, & d. §. 1. Inst. de obligat. quæ ex delicto, vbi glossa, Minsyng. & reliqui omnes, l. si rem, §. vlt. ff. de præscript. verbis, l. si vendidero, §. vlt. ff. de furtis; si videlicet, quis rem auferat ab eo, qui rei alienæ dumtaxat possessionem habebat, v.g. à bonæ fidei possessore, vel etiam si tantum res teneatur, vt apud commodatarium, depositarium, creditorem hypothecarium, & similes.

10 Quibus † præiactis, iam colligitur mens Scæuolæ, & Vlpiani, qui illum refert in nostro §. Scæuola; certum namque erat, & constitutissimum, furtum tantum fieri posse, si detur persona, quæ ius verum, & naturale obtineat; quod cum in hæreditate non possit considerari, quia nec veram personam constituit, nec naturale habet ius dominij in rebus, (vt probauimus) manifestè sequebatur, hæreditati ratione personæ, & dominij, furtum fieri non posse, vt concludit d.l. vlt. ad finem, ff. de crimine expil. hæredit.

Quia tamen ratione solius possessionis, poterat furtum committi, vt supra ostendimus; quærit amplius I.c. in d. §. Scæuola, an in rebus hæreditarijs furtum committi possit ratione possessionis? mouebat dubitandi rationem I. c. Paulus, in l. gerit, 88. ff. de acquir. hæred. ibi: *Cuius possessio, qualisqualis fuit in hæreditate*; &c. Scæuola tamen, & Vlpian. respond[.]ant, nec etiam ratione possessionis, furtum hæreditati fieri posse. Vnde illa verba: *Scæuola ait, possessionis furtum fieri; denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri*; &c. non sunt absoluta, sed suppositiua, id est; si supponatur, apud aliquem non reperiri naturale dominium, vel ius rei subtractæ, furtum aliter considerari non potest, nisi respectu possessionis, detentionisue, cuius furtum etiam fieri posse ait Scæuola. Quæ quidem possessio, siue detentio, cum non possit reperiri in hæreditate iacente, ob rationem, quam subiungit, merito concludit (à partibus enumeratis, vt in simili argumentatur Papin. in l. si rem, §. vlt. ff. de præscript. verb. & in l. si vendidero, §. vlt. ff. de furtis) hæreditati nullatenus furtum fieri posse. Et quod mens Scæuolæ, & Vlpiani in d. §. Scæuola, solum respiciat hæreditatem iacentem, ex eo insuper colligitur, quia toti sunt in ostendendo possessionem non esse in hæreditate, & clarius ex eo, quod olim inter iuris prudentes esset nimis controuersum, an hæreditariæ rei furtum fieri posset: inter quos coriphæus erat Scæuola, cui (huius contentionis mentionem faciens) assentitur M. Tullius, lib. 7. epistol. 22. incipit: Illuseras, &c. Vt igitur Scæuola comprobaret, hæreditati furtum fieri non posse, vsus est argumentis, de quibus in d. §. Scæuola.

11 Iul. autem Paulus, † dum in d.l. gerit, 88. ff. de acquir. hæred. dixit, in hæreditate dari qualemqualem possessionem: non intendit, dari aliquam in hæreditate veram possessionem, prout facti est, & animi: sed qualemqualem; quod verbum, dumtaxat denotat ius illud retinendi, quod ficta persona habet in rebus hæreditarijs, ad effectum ne vacent, & primo occupanti concedantur; & ita, qui eodem retinendi iure vtitur, pro hærede gerere videtur, vt est intentio I. c.

12 Verum adhuc † prædictæ interpretationi d. §. Scæuolæ, obstat in primis I. c. Marcianus, in l. A Titio. ff. de furtis. vbi ita scribit: *A Titio hærede homo Seio legatus, ante aditam hæreditatem Titio furtum fecit: si adita hæreditate Seius legatum ad se pertinere noluerit: furti seruí eius nomine aget cum eo Titius; quia nec tunc, cum faceret furtum, eius fuerit*; &c. Vbi videtur innuere iacenti hæreditati furtum fieri posse: & quod magis est, per seruum ipsius hæreditatis, contra text. in l. 1. §. si seruus pure, ff. si is qui test. liber esse, vbi seruus purè legatus,

legatis, si iacenti hæreditati aliquid sub ripiat, non furti actione, sed potius in factum ex æquitate edicti, si is qui testam. liber. &c. hæredi succurritur.

13 Obstat † deinde, quia si vera esset suprapposita d. §. Scæuola, interpretatio, sequeretur, quod si res hæreditaria subtracta, alias legata fuerit, non competet legatario furti actio, quamuis postea adita fuerit hæreditas, & legatum agnouerit, cum respectu hæredis, & legatarij par ratio consideretur, vt manifestissimè ex dictis colligitur. At tunc temporis legatario competit actio furti, vt probat Iulianus, in l. si homo, ff. de vsucapionibus. dum inquit: *Si homo, cuius vsusfructus legatus erat, ab hærede nunquam possessus, subreptus fuisset: quæsitum est, quia hæres furti actionem non haberet: an vsucapi possit? Sabinus respondit, nullam eius rei vsucapionem esse, cuius nomine furti agi posset, agere autem furti eum, qui frui deberet possessione, quod sic accipiendum est, vt fructuarius posset vti, frui; alter enim homo in eam causam non perduceretur*; &c. vbi manifestè ostenditur, seruum fuisse subreptum, antequam hæres rerum hæreditariarum possessionem nanciscceretur: & nec hæreditati, nec hæredi furtum fieri dicit, & tamen tunc legatario furti actionem concedit, ergo, &c.

14 His † tamen non obstantibus, rectè procedit interpretatio nostri §. Scæuola, nec eam oppugnat in primis d. l. à Titio, ff. de furtis: nam text. ille non dicit, seruum hæreditariũ, qui purè legatus erat, aliquid subripuisse eiusdem hæreditatis, sed potius subtraxisse ab hærede futuro: cui statim furti quæsita actio est; quæ ei adhuc postea durat adita hæreditate, si legatarius agnoscat legatum serui: cũ recta via nunquam factus hæredi seruus, ad legatarium traducatur, vt subijcit I. c. circa quod tantum dubitandi ratio ponebatur; quã decisionem iuuat regula l. legatum ita 80. ff. de legatis 2. & l. sed si damnum, §. sed & creditor, vers. idemque & si purè, ff. de peculio. Et hanc veram expositionem d. l. à Titio, mirabiliter patefacit I. c. Iulianus, in l. si seruus legatus, ff. de noxalibus act. vbi ita magistraliter scribit: *Si seruus legatus ante aditam hæreditatem rem hæredis futuri subtraxerit poterit is, cum legatario, qui legatum agnouerit, furti agere. Sed si idem seruus hæreditariam rem subtraxerit, furti actio cessabit: quia huiusmodi rerum furtum non fit*; &c.

15 Vnde † obiter colligitur ampliatio ad I. c. Caium, in l. si seruus Titij, nu. 70. ff. de legatis 1. vbi, seruo in vita domini subripiente aliquid hæredi futuro, si idem seruus purè legetur, & legatarius agnouerit legatum, teneri præstare hæredem indemnem furti nomine: vt non solum procedat, quando seruus legatus rem futuri hæredis in vita defuncti subripuit, sed etiã post mortem iacente hæreditate, iuxta d. l. si seruus legatus, & d. l. à Titio. Mirandum autem est, cur I. c. in d. l. si seruus Titij, sensim, ac formidolosè procedat, innuens hęredi tantum competere ius retinendi seruum furti nomine: argumento vtens seruitutis hæredi antea debitæ, & similium, quæ quidem de rigore iuris in persona hæredis confundebatur, l. Papinianus, ff. de seruitutibus. Quod quidem argumentum pace I. consultissimi Caij, non aptè concludit: nam supponit, in aditione hæreditatis, confundi, & extingui de iure actionem furti, quæ antea hæredi competierat; quod merito denegat Marcianus, in d. l. à Titio, & Iulianus, in d. l. si seruus legatus, & regula d. l. legatum ita, & d. l. sed si damnum, §. sed & creditor, vers. idemque & si purè, secundum quæ, non retentione tantum, sed actione iuuandus est hæres. Excusaretur quidem argumentum Caij, in seruo sub conditione legato, qui interim hæredis fit.

16 Constat † igitur, quod si seruus hæreditarius, qui alicui purè legatus est, rem hæreditariam subtraxerit, non tenetur legatarius hæredi actione furti, serui nomine: sed immò actione in factum, iuxta l. 1. §. si seruus purè, ff. si is qui testam. liber. vel ad exhibendum, vt inquit d. l. si seruus legatus. ff. de noxalibus, l. 2. vers. vlt. ff. de crimine expil. hæredit.

17 Non † obstat tandem d. l. si homo, ff. de vsucap. cuius resolutio inuoluta est mille interpretum figmentis: nam glossa, ibidem, verbo, possit vti, & verbo, poterit. Bart. Imola, nu. 4. Cuiac. ad finem, & reliqui ordinarij interpretes, securè afferunt, legatarium, cui serui, postea subrepti, vsusfructus fuerat legatus, furti agere posse, quamuis à nemine fuerit interim seruus ille possessus; in quo afferit Imola, nu. 5. contra iuris communis regulas dispensari.

Quam explicationem confirmat Cuiac. ex textu, in l. in actione furti, §. vlt. & in l. si is qui rem pignori. ff. de furtis, vbi respectu creditoris, qui nullam vnquam habuit in pignore possessionem, furtum committitur. ergo, &c.

Deinde confirmatur ex eo, quia si text. supponeret, legatarium possessionem nactum fuisse, eo ipso quoque hæres possideret, & consequenter ipse quoque agere furti posset, vt inquit d. l. si homo, vers. vlt. & suadet ratio l. quisquis, C. de donationibus, vbi qui rem tenet nomine vsusfructus, alterius nomine possidet ipsam, quasi alteri tradidisset. ergo, &c.

18 Verum contrarium † intrepide tenendum est, immò non posse considerari furtum rei, cuius apud neminem extiterit possessio, vel domi-

dominium naturale, quod à possessione incipit, aut roboratur, vt inquit I.c. Paul. in l. contra nurum, §. vlt. in fine, ff. de act. rerum amot. ex Papin. in l. si rem, §. vlt. ff. de præscriptis verbis, & in l. si vendidero, §. vlt. ff. de furtis. Vel ius aliquod, aut vsus, vt notauit glos. verbo, agetur furti, in d. l. si rem, §. vlt. & verbo, neque possessio, in d. l. si vendidero, §. vlt. cuius sententia comprobatur ex l. 1. §. vlt. & in l. si is qui rem pignori, ff. de furtis, & §. 1. Inst. de obligat. quæ ex delict. & vtrobique notant Doctores.

19 Nec iam † obstat d. l. si homo, pro cuius vera interpretatione aduerte primò, quod in fructuario datur detentio tantum, & vt dicitur, naturalis possessio respectu rei, vt est receptissima opinio per text. in l. naturaliter, ff. de acquir. possess. vbi Ias. num. 5. communis ex Tiraquello tract. le mort. 3. parte, declar. 1. nu. 4. Couarru. in regula possessor, 2. parte, in princip. nu. 2. agnoscit Aluarus Vallascus, de iure emphyt. quæst. 18. nu. 3. Respectu verò iuris vtendi, fruendi, & ciuilem, & naturalem possessionem habet, ex gloss. verbo, quasi, in l. ait Prætor, §. item ei, ff. ex quibus causis maiores. Bart. in d. l. naturaliter, in principio, vbi Paul. ad finem, Alex. à nu. 5. Ias. col. penult. & in l. 3. §. ex contrario, num. 30. & nu. 45. vbi etiam Alex. nu. 51. ff. de acquir. possess. Balb. de præscript. 4. parte principali, quæst. 9. nu. 1. Couarru. vbi supra, num. 4. plures refert Vallascus, d. n. 3. quorum opinio verissima est, vt alibi duce Deo latius comprobabimus, quidquid ab ea recedat Francisc. Connan. lib. 3. Comment. iuris ciuilis, cap. 1c. Vallasc. vbi supra, nu. 6. vbi plures similiter tenentes refert, quorum fundamenta (vt id obiter perstringamus) facilè diluuntur, si ad iura, quæ denegant fructuarium possidere, vel dicunt, naturaliter tantum possidere, intelligantur de re, in qua inest vsusfructus, non verò de iure vtendi, fruendi, quod fructuarius sibi tantum, & non alij quasi possidet: in quo consistit formalitas veræ possessionis, & ideo licet rem teneat vt alienam, non tamen fruitur iure suo, vt alieno, sed vt proprio, & adeo proprio, vt domino rei nequaquam possit competere, princip. Instit. de vsufructu, ibi: *Rebus alienis*; &c.

20 Aduerte † deinde, quod interim dum fructuarius rem tenet, & naturaliter possidet, antequam incipiat vti, frui, in dominum non transfert possessionem ciuilem, vt notabiliter tenuit glossa, verbo, poterit, in d. l. si homo, vbi vltra alios sequitur Imola, nu. vlt. ad finē. Ratio autem est: quia possessio, quam fructuarius tradere creditur in alium ratione vsusfructus, est implicita iuri, quod in eiusdem fructuarij persona incompatibile est, ex d. princip. Inst. de vsufr. ibi: *Rebus alienis*; &c. & ita nō alias censebitur transmissa, nisi quando actualiter aderit vsusfructus, qui omne ius dominij in eadem persona excludit: tunc enim incipit fructuarius rem tenere, vt alienam; & ita nomine alterius, secundum quæ obiter explicabitur Imp. in l. quisquis, 28. & in l. si quis argentum, 35. §. sed si quidem, C. de donationibus, ibi: *Vsumfructum eius retinuerit*; &c. vt videlicet intelligatur, quando vsusfructus actualiter retinetur: tunc enim incipit legalis transmissio possessionis.

21 Quibus sic † breuiter notatis, patet verus intellectus ad d. l. si homo: nam in ea legatarius, cui relictus erat vsusfructus serui, propterea furti actionem habet pro seruo subrepto; quia ipsius naturalem possessionem, siue detentionē acquisiuerat, nondum tamen ea vti, frui cęperat, vt innuit I.c. ibi: *Ab hærede nunquam possessus*; &c. vbi proponens seruum non possessum, fuisse subreptum, statim se restrinxit ad possessionem hæredis, tacitè sentiens, possessum esse à legatario. Deinde id eleganter probat, ibi: *Agere autem furti eum, qui frui deberet possessione*; &c. Quæ ratio si de possessione non adepta loqueretur, æqualiter etiam conueniret hæredi, cui tamen negat furti actionem, vnde proxima verba supponunt possessionem præextitisse, qua antequam fruatur legatarius, subreptus fuit seruus. Quod clarius suadent sequentia verba, ibi: *Quod sic accipiendum est, vt fructuarius possit vti, frui, aliter enim homo in eam causam non perduceretur*; &c. Ex quibus ostenditur, legatarium debere esse in causa proxima vtendi, fruendi, vt actio furti eidem competat: causa autem proxima vtēdi, fruendi, supponit necessariò iam adeptam naturalem possessionem, seu detentionem, quam in re habet fructuarius; alioquin, si rem adhuc non teneret, non diceretur, eum posse vti, frui. Atque ita decidit I. c. quod legatarius in terminis illius text. furti agere potest, si rem tenuit, licet frui non cępisset, iam enim constat dari materiam aptam ad furtum contrahendum, iuxta l. 1. §. vlt. ff. de furtis, §. 1. Inst. de obligat. quæ ex delict. & consequenter seruum subreptum, de quo ibi, esse inusucapibilem propter vitium furtiuitatis quod contraxit respectu legatarij, quamuis respectu hæredis nullum contraxisset, vt ibidem notat Bart. nu. 1. & reliqui omnes.

22 Nec huic † verissimæ interpretationi d. l. si homo. obstat vers. vlt. in eadem l. vbi inquit Iulianus. *Sed si vtenti iam, & fruenti abductus homo fuerit: non solum ipse, sed etiam hæres furti agere poterit*; vbi virtute aduersatiuæ probari videtur, se in præcedenti specie loqui in termi-

terminis, in quibus fructuarius vti, frui, nō cęperat, & ita nō possederat: nā agnoscendū est in præcedēti specie loqui de legatario, qui nō dū vti, frui inceperat; & hoc tm̄ euincit dicta aduersatiua: rem tamen iam tenuerat legatarius, & naturaliter possederat, licet per breuissimum tempus. Vnde, in terminis, in quibus legatarius fructuarius rem dumtaxat adeptus est, frui tamen non cœpit furti solus aget: non verò hæres, quia antequam dictus legatarius vti frui incipiat, hæres non efficitur possessor: At quando legatario iam vtenti, fruenti, seruus subtrahitur, cum iam ratione vsus fructus actualiter constituti, in hæredem transeat dominiū naturale, quod possessionē inuoluit, propter incompatibilitatē, de qua supra egimus, iuxta d. l. quisquis, & d. l. si quis argentū §. sed si quidē, C. de donationibus, non solū ipsi legatario, sed & hæredi actio furti competit: quia iam respectu vtriusque sunt termini habiles ad furtum contrahendum, & ita in hac secunda specie possessor efficitur hæres ex persona legatarij, qui respectu proprietatis illi possidet quidquid tunc videatur generaliter contradicere glossa, verbo, poterit, in d. l. si homo, quam sequitur Imola, nu. vlt. Suprapposita igitur aduersatiua, non supponit in præcedenti specie deficere naturalem possessionem rei, sed tantum deficere quasi possessionē vsusfructus, quæ distincta est in persona fructuarij, vt ex sentētia cōi supra resoluimus.

23 Non obstat † deinde d. l. in actione, §. vlt. & d. l. si is qui rem pignori, ff. de furtis, quia non dicunt, dari furtum in re, quæ à nemine possidetur sed dari furtum in re ab alio possessa, in qua quis habet ius aliquod uerum, saltem pignoratitium: nam tunc ratione istius iuris, furtum committitur, & competit actio furti, vt aduertit glossa, verbo, agetur furti, in fine, in l. si rem, §. vlt. ff. de præscriptis verbis, & verbo, neque possessio, in l. si uendidero, §. vlt. ff. de furtis immò sufficit, quod res fuerit possessa tempore, quo pignus constitutum est, quamuis tempore, quo subtrahitur, à nemine possideatur, argumento nostri §. si iactum, & §. vlt. Inst. de rerum diuis. cum similibus supra citatis: nam si res illa, quæ leuandæ nauis causa in mare proijcitur, fit pignori obligata, & ab aliquo lucrandi animo fuerit ablata, etiam creditori pignoratitio actio furti competit ratione sui iuris: quia sicut tunc domino sufficit dominium naturale, vt eidem competat furti actio, vt probant proximè relata iura, & Imola, numero quarto in dicta lege si homo, ff. de vsucap. ita etiam sufficiet creditori, suum pignoratitium ius.

24 Non obstat † tandem, quod si legatarius possideret rem, cuius eidem vsusfructus legatus fuerat, etiam hæres eo ipso possidere censeretur, quasi nomine hæredis domini possideret: quia ex præmissis respondetur, talem translationem possessionis respectu proprietatis, quam constitutio vsusfructus operatur, non habere locum in simplici naturali possessione & detentione rei, quam fructuarius nanciscitur: sed quando incipit vti frui & quasi possidere ius suum, ex ratione dictæ legis quisquis, C. de donationibus, vt supra ostendimus.

25 Ex quibus † colligitur legatario non aliàs rei legatæ subreptæ competere actionem furti, nisi vel ipse iam, vel hæres rei hæreditariæ possessionem fuisset adeptus vt inquit lex contra nurum, §. vltimo, in fine, ff. de actione rerum amotar. alioquin rem non esse furtiuam, nec in talem causam perduci ad effectum, ne vsucapiatur, vt sentit dicta lex si homo, versiculo quod sic; & omnes ibidem intelligunt, excepto casu vsusfructus legati, in quo putant etiam ante apprehensionem possessionis habere furti actionem, quod falsum esse ostendimus, vt cessent dispensationes contra iuris communis regulas.

26 Ampliatur † suprapposita explicatio nostri §. Scæuola, vt videlicet rei hæreditariæ furtum non fiat, quamuis fur rem esse hæreditariam ignoraret; quod aliàs putabat Iuris consultus Neratius, quasi existimatio subripientis, iuncto dominio ficto hæreditatis iacentis, furtum formaret. Quem merito damnat Iuris consultus Paulus, in lege vltima, ff. de crimine expil. exhæred. ex eo, quod uerum, & naturale dominium deesset, quod omninò ad formalitatem furti requiritur; & ita intelliguntur verba ibi: *Sicut nec eius, quæ sine domino est*; &c.

27 Ampliatur † tandem, quamuis hæres hæreditatem adiuisset, nondum tamen rerum possessionem adeptus esset, vt eleganter comprobat Vlpianus in lege 2. versiculo apparet, ff. de crimine expil. hæred. ibi: *Vel post aditam; antequam res ab hærede possessæ sint: nam hoc casu furti actionem non competere palam est*; &c. & innuit noster §. Scæuola, ibi: *Sed nec hæredis est possessio, antequam possideat*, &c. probat etiam l. contra nurum, §. vltimo, ff. de actione rerum amotarum.

Sed obstat, quod cum hæredes facti sumus ipsa aditione, statim dominium ad nos transit sine facto aliquo, l. cum hæredes, ff. de acquir. possess. & superius probauimus, dominium sine possessione sufficere ad furti actionem competendam, ergo, &c.

Ceterum respondetur, verum quidem esse, ipsa aditione dominium in hæredem transire. hoc tamen dominiū esse legitimum, & mere

Bb ciuile,

ciuile, id est, operante sola lege traductum: nō verò naturale, quod mediante possessione acquiritur, vt eleganter in terminis comprobat Barbosa Lusitanus, in Rubr. ff. soluto matrim. 4. parte, nu. 19. post med. cum seq. At vt furtum committatur contra aliquem ratione dominij, opus est, vt dominium sit naturale, hoc est, possessione aliquando firmatū: cum omnia in furto naturaliter considerentur, vt supra probauimus; & ita in effectu vltra alios tenet Imola, in l. si homo, nu. 4. ff. de vsucap.

28 Et † exinde apertè colligitur, vt ratione dominij contra aliquem competat furti actio, debere esse dominium naturale, non simpliciter legitimum, ac ciuile, quod semper fuit denudatum naturali possessione. Secundū quæ explicandus venit Papin. in l. si rem, §. vlt. ff. de præscriptis verbis, ibi: *Cuius neque possessionem, neque dominium victor habuit, agetur furti*; &c. & in l. si vendidero, §. vlt. ibi: *Cum Titij numorum dominium non fuerit, neque possessio*; &c. ff. de furtis, vt nempè intelligatur de dominio naturali: alioquin, quamuis daretur dominium simpliciter ciuile, furti actio cessaret, ex proximè dictis.

29 Hinc † etiam prouenit comprobatio ad id, quod supra tetigimus, quod videlicet legatarius furti actionem non habebit pro re sibi legata, & subtracta, etiam post aditam hæreditatem, nisi possessionem nactus fuisset: quia interim solum habet legitimum dominium, ex dispositione iuris, in l. legatum ita, 80. ff. de legatis 2. cum pluribus supra adductis.

30 Præpositum † autem I. consultorum placitum, ne rei hæreditariæ furtum fiat, limitatur Primò, quando res iam a vita defuncti, & ita iacente hæreditate ab aliquo naturaliter teneretur, vel iure pignoris, vel commodati, vel vsusfructus: quia in his terminis iam datur vera persona, cui furtum fit: & tunc etiam hæreditati actionem furti acquiri interuentu prædictorum naturaliter possidentium, explicant I. c. Marcellus, & Scæuola, in l. hæreditariæ, 70. vers. vlt. cum ll. sequentibus, ff. de furtis.

31 Limitatur † denique in re hæreditaria peculiari, ex peculio scilicet serui hæreditarij: nam in hoc casu hæreditati furtum fit, quia possessio istius rei, quæ per seruum acquiritur, nihil facti in domino requirit, & hæreditati iacenti quæritur, & ab ea retinetur, vt probat I. c. Iulianus, in l. qui à seruo, vers. vlt. ff. de de oblig. & act. facit l. penul. ff. de captiuis, & postlimin. reuers. ergo eiusdem rei peculiaris furtum fiet.

Nec obstabit, quod in hoc casu non debebat prodesse ciuilissima ista possessio, sicut nec dominium ciuile prodesse supra ostendimus; quia respondetur, quod licet ista possessio sit ciuilis, non tamen caret facto, & insistentia naturali, quæ per seruum exercetur, & ita quoad transmissionem tantum ciuilis est; quoad acquisitionem verò, & retentionem, factum inuoluit, quod per seruum exercetur, vt alibi aptiori loco latissimè probabimus; sicut etiam ciuilis possessio, quæ per fructuarium in dominum traducitur, ex l. quisquis, C. de donationibus: quia vera est mediante persona fructuarij, parit actionem furti, l. si homo, vers. vlt. ff. de vsucapionibus, vt supra ostendimus.

SVMMARIVM.

Vtrum facultas testandi fuerit introducta de iure gentium, aut ciuili? latissimè discutitur, à num. 1. per totum.

Referuntur Doctores, qui testandi facultatem iuri ciuili tribuunt. ibidem.

Quæ de iure gentium dicuntur, attento eodem iure valida sunt. nu. 4.

Perinde est aliquid fieri tempore inhabili, vel in tempus inhabile conferri, numero 6. & numero 41.

Ius gentium non agnouit fictiones. ibidem.

Superlatiuo nihil est superius. num. 7. quod declaratur. num. 43.

Referuntur Doctores, qui facultatem testandi iuri gentium tribuunt, quorum verior sententia est, latè probatur. a nu. 11.

Iam non est dubium, quod testandi facultas sit de iure gentium; quæstio tamen nostra proponitur attento eo iure gentium, quod præcesserat ius scriptum prout à lege 12. tabul. descendit, numero 12.

Ius gentium, ac ciuile non distinguitur ex tempore. ibidem.

Adhuc hodie multa denuo fieri possunt de iure gentium. ibidem.

Quod ante ius ciuile, vna vel altera gens fecisse probatur, non ostendit directò id esse iuris gentium. num. 13.

Deportati repelluntur à legitima intestati successione. ibidem. & nu. 36.

Vt aliquid sit de iure gentium, non requiritur, quod ab omnibus omninò gentibus sit receptum, & obseruatum. nu. 15.

Cur germani olim non testarentur. ibidem.

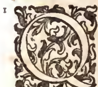
Miles potest instituere deportatum. num. 16.

Explicatur l. idem est, §. & deportati, ff. de milit. testam. ibidem. cum nu. seqq.

Vltima voluntas militaris varios effectus operatur cōtra iuris ciuilis seueritatem, ob generalem dumtaxat.

CAPVT X.

Quo nam iure fuerit introducta testandi potestas, gentium ne, an ciuili?



1 QVæstio ista † vbique occurrens, non sat discussa, nec inutilis est, vt agnouit Iul. Clarus, in §. testamentum, quæst. 2. & inferius ex illationibus apparebit. Quam in gratiam nostri Pisani Collegij (in quo successiuis Institutionum circularibus disputationibus obuenit non citra puluerem) in incudem ipse redigo.

Vtrimque adsunt communia vexilla; & inprimis, quod inuentione, ac forma fuerit de iure ciuili introducta testandi facultas, tenuit gloss. verbo, dominia, in fine, & ibi Bart. col. 3. in princip. in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure. Porcius, & Ozerius Tolentinas a numero 30. in Rubrica Instit. de testament. Hispanus Menchaca, qui plures refert, tract. de succeff. creat. lib. 1. §. 1. ante num. 1. vers. vltima fuit opinio, quam ipse sequitur, num. 1. & 4. communis per Rodolfinum de Sabloneta, in tract. de absoluta princip. potest. cap. vlt. num. 141. vers. contrarium tenuit Bellonus in princip. Inst. de testamentis, à num. 12. Tobias Nonius ibidem, à num 21. nouissimè. Lusitanus Benedictus Ægidius, non insubtiliter in præfat. numero 2. ad repet. lege 1. C. de sacros. eccles.

2 Pro qua † opinione vrgent sequentia fundamenta. Primum ex §. ius autem gentium, Inst. de iure naturali, gentium &c. ibi: *Nam vsu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humana iura quadam sibi constituerunt*, &c. Si igitur iuris gentium sunt, quæ necessitas humana introduxit: certè testamentorum origo, ac facultas ab eo profecta non est nulla quippe necessitas, aut vitæ conseruandæ, aut iniuriæ propulsandæ, testamentorum vsum inuexit.

Secundum, ex l. 2. cum ll. seqq. ff. de iust. & iure, cum similibus, vbi iuris gentium inuenta referuntur: inter quæ testamentorum vsum non reperies, ergo, &c.

3 Tertiò † arguitur ex l. verbis legis, ff. de verb. signif. vbi deciditur à lege 12. tabul. tributam fuisse hominibus potestatem hæredis instituendi, legata, & libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Quid autem testamentum continet, præter hæredis institutionem, & legatorum, & similium dationem, & tamen hæc lege 12. tabul. tributa sunt, igitur, &c.

4 Quartò † licet origo testandi à iure gentium prouenirет, cum tamen esset inualida, & inutilis, non rectè tribuetur iuri gentium, sed potius iuri ciuili confirmanti: nam quæ de iure gentium dicuntur, attento eodem iure valida sunt, & firma, vt rectè probat relatus Ægidius, vbi supra, numero quarto; constat autem testamentarias successiones lege 12. tabul. confirmari, vt ostendit l. lege obuenire, ff. de verb. signif. ergo, &c.

5 Quintò, † deportatus capax eorum est, quæ sunt de iure gentium introducta, lege sunt quidam, ff. de pœnis, & tamen testari nequit, lege eius, §. primo ff. de testam. nec etiam capere ex testamento, lege si deportati, septima, ff. de legatis 3. lege prima, C. de hæred. instit. ergo, &c.

6 Sextò, quia † qui testatur, re ipsa dispositionem confert in tempus inhabile: nam morte rumpitur dominium, Auth. de nuptijs, §. deinceps, collat. quarta, lege prima, ff. de rerum diuis. lege vltima, ff. de crimine expil. hæredit. & perinde est aliquid fieri tempore inhabili, vel in tempus inhabile conferri l. quod sponsæ, C. de donat. ante nupt. constat autem fictam personam, quæ defunctum repræsentat, bona eius continentem, quousque hæres adeat, (qui itidem defunctum ficte agit, vt dispofita exequatur, Auth. de iureiurando, in princip. collat. quinta:) non quidem a iure gentium, quod fictiones non cognouit, sed à iure ciuili fuisse inuectam, lege hæreditas, ff. de acquir. rerum dominio, lege mortuo, ff. de fideiussoribus, ergo validè testandi vsus a iure tantum ciuili introductus est.

7 Septimo † probatur ex textu, in §. sed vt nihil, iuncto §. sed prædicta, Inst. de testam. vbi Imp. rem altius, & ob origine repetendo, in materia testamentorum, enumerat solum testamenta de iure ciuili, ergo eorum inuentio iuri gentium tribui non debet. Quod iuuatur ex Auth. de nuptijs, §. disponat, collat. quarta vbi lex 12. tabul. circa facultatem testandi appellatur antiquissima, antiquissimo autem nihil est antiquius, vt de natura superlatiui in nostris terminis tradit Ozerius Tolentinas, vbi supra, num. 38.

Octauò suadetur ex l. 3. ff. de testamentis, ibi: *Iuris publici est*, &c. vbi factio testamenti dicitur iuris publici, constat autem ius publicum appellari illud, quod ad Romanæ Reip. statum pertinet, §. vlt. Inst. de iust. & iure.

8 Nonò ex †. §. vlt. Inst. de vsu, & habit. ibi: *Hactenus expofuimus summatim quibus modis iuris*

iuris gentium res acquirantur; modo videamus quibus modis legitimo, & ciuili iure acquiruntur. vbi Imp. ostendit, in titulis, qui sequuntur, proponi modos acquirendi de iure ciuili: inter quos agitur etiam de successione testamentaria, ergo testamentum à iure ciuili inuentum est. Quod fundamentum vrgens asserit Tobias, vbi supra, n. 11. ad finē. Nec soluit difficultatem responsio, quam ibidem adducit Tobias, n. 12. quod videlicet d. §. vlt. intelligat præcedere modos acquirendi dominia rerum singularium, non vero per vniuersitatem, quasi postea Imp. agat de acquisitione per vniuersitatem etiam de iure gentium; videlicet in tit. de hæreditatibus, quæ ab intestato nam vt inferius ostendemus equa est, & forsan maior dubitandi ratio, circa legitimas successiones, quam circas testamentaria.

9 Decimò, quod † expugnabile putat Bellonus vbi supra, n. 13. & Tobias, n. 21. ex eo probatur: quia quando ius ciuile alicui actui formam, & nomen tribuit, actus ille à iure ciuili introductus dicitur, vt euenit in stipulatione, in qua, si materiam attendamus, pactum dumtaxat continetur, lege prima, §. adeo, ff. de pactis, quia tamen ius ciuile rei nomen, & formam indidit, inuentum mere ciuile dicitur ab omnibus, in Rubr. ff. de verb. oblig. & in §. de constituta, Inst. de actionibus, constat autem testamenti nomen esse ciuile: deinde apud omnes in confesso est, formam ab eodem iure ciuili datam esse, ergo, &c.

10 Vndecimo, in † testamento requiritur hæredis institutio, quæ caput ipsius est, §. ante hæredis, Inst. de legatis, sed hæredis institutio iure tantum ciuili introducta est, §. quos autem, Instit. de bonorum possess. vt argumentatur Tobias, vbi supra, numero 22. ad finem, ergo, &c.

Denique facit autoritas Isidori, in capit. vltimo, prima distinctione vbi præmissa definitione iuris Quiritium, subijcit exemplum de legitimis hæreditatibus, quæ uel ab intestato veniunt, vel a testamento, ergo, &c.

11 Contraria † sententia communior, ac receptior est, quam primus expressit Theophilus vnus ex iuris compilatoribus, in §. ius autem ciuile, Instit. de iure naturali, gent. &c. Bart. sibi contrarius, in lege interdum, numero septimo vbi sequitur, & communem dicit Iason. numero quarto, ff. de condict. indeb. Connan. lib. 9. Comment. iuris ciuilis, capit. primo, numero tertio, in princip. indubitanter, ac late Viglius, in §. sed prædicta, a numero quinto. Inst. de testam. patruus meus Arrius Pinellus obiter in Rubr. C. de rescind. vendit. prima parte, capit. primo, numero 23. Couarru. qui plures refert, lib. 3. uar. resol. capit. sexto, numero 7. Gomez in lege 1. Tauri, in princip. Iul. Clarus, in §. testamentum, quæst. 2. Molina, de primogen. lib. 3. capit. 3. a numero quarto & Molina Theologus de iust. & iure, tract. 2. disput. 124. Spino, in Speculo testamentorum, in glossa Rubricæ, 2. parte, numero 20. Rodolfinus, qui receptiorem dicit, in tract. de absoluta princip. potest. capit. vltimo, numero 139. & latius, numero 141. nouissimè Ioannes Garcia de Saauedra, qui plures refert, in tract. de tacito fideicommisso, num. 4.

Et hæc posterior sententia (si iura cum medulla rationis trutinanda sunt) verior, & omninò sequenda est: & si de ea plures adhuc dubitent, id profecto ex eo prouenit, quia in iuris sanctissima sapientia (vt eam vocat Vlpianus in lege prima §. proinde, ff. de varijs, & extraord. cognit.) non tam veritatis indagatores, quam falsitatis ingeniosi tutores videri malumus. Vt autem huius sententiæ veritas clarius eluceat,

12 In primis † aduertimus, quæstionem proponi in terminis iuris gentium, quod antecessit iuris prudentiam, prout à lege 12. tabul. deriuatur: nam cum ius gentium adhuc hodie in aliquibus possit denuo introduci, si videlicet, quod ab vno, vel altero populo latum est naturali ratione suggerente, apud omnes peræque obseruetur: quod ius gentium esse docet Imper. in §. quod verò naturalis, Inst. de iure naturali, gentium, &c. nec enim tempus secreuit ius gentium à ciuili; sed tantùm hoc esse proprium vnius ciuitatis; illud commune omnibus, §. Ius autem ciuile, Inst. de iure naturali gentium, &c. colligitur ex Bart. in lege prima, ff. de contrahend. empt. & eleganter comprobat Franciscus Connanus, lib. 1. Comment. iuris. capit. quarto, & quinto, ac maturè patruus meus Arius Pinellus, in Rubrica, C. de rescind. vendit. prima parte, capit. primo, numero septimo, & numero decimo id securè tenet, cōtra Angelum, Decium, & Cagnolum, quos refert; quamuis ergo testamenti factio a iure tantum ciuili inuenta, & formata fuerit, iam hodie citra controuersiam esse constat de iure gentium, nulla enim nunc adeo fera, & immanis natio est, (penes quam bona seruari soleant) quæ iam aliqualem testandi modum nō imbiberit.

13. Deinde † aduertimus, decipi Doct. qui tūtates testam. de iure ciuili agnoscunt success. ab intestato esse de iure gent. in quorum numero est Bellonus, in d. princip. Inst. de test. n. 7. & ex Siculo in Rubr. extrà, de testam. tradit, & sequitur Tob. in d. princ. n. 12. nā in primis eorū fundamentū directò nō cōcludit: dicūt .n. cō-

Bb 3 stare

ftare ex facris literis,inteftatorum hæreditates filijs deferri, quod quidem agnofcimus: fed quod apud Politicam Hebraicam,vel vnum, aut alterum populum obferuari conftat, ius gentium non eft,fed potius ciuile.§. ius autem ciuile, Inft. de iure naturali. Deinde fententia contra ipfos retorquetur: quia inteftati fuccefsio maximè lege defertur, vt inquit I. c. in l. 3. §. de illo, ff. pro focio,& in l.verbis legis, ff. de verb. fignif. & propterea deportati ab ea repelluntur,tex. in l. 1. §. capitis minutio, ff. ad S.c. Tertul. §. quod autem, verf. vlt. Inft. de capitis minut. quod eft vulgare; ergo fi inteftati,fuccefsio,quæ per antonomafiam legitima dicitur,iuris gentium eft, à fortiori,iuris gentium erit teftamentaria.

14 Quibus præhabitis †, ad queftionem propofitam breuiter refpondemus: tam teftamentariam,quam inteftati fuccefsionem,origine, inuentione,ratione,facultate,de iure gentium effe:forma,folennitateque de iure ciuili.

Quod in primis probatur,quia ante ius ciuile, prout à lege 12. tabul. dimanauit, cognitus erat teftamentorum vfus, vt conftat ex facra pagina,Genef. cap.21.& 25.& 27.quod licet directò non concludat,iuris gentium effe, vt probauimus: per indirectum tamen id oftédit;cum non conftet,hoc à facris illis patribus peculiari lege, aut confuetudine obferuari; & ita credendum videtur, de iure gentium efse, præfertim,cum naturalis ratio,(quæ quamuis fimplex non fufficiat) apud omnes tamẽ peræque obferuata, ius gentium conftituit,§. ius autem ciuile, verf. quod verò naturalis ratio, Inft. de iure naturali; & ita cefsat obiecta confideratio Tobiæ in d. princip. nu. 15.

15 Nec eneruatur † hoc fundamentum ex eo, quod plures objiciunt, videlicet,fuifse nonnullas gentes, quæ teftandi vfum ignorarũt: nam in primis replicatio ifta manca eft, quia non fufficit conftare,vnum,vel alterum populum, quid ignorafse, ne id dicatur iuris gẽtium,alioquin nihil efset iuris gentium. Proponatur namque quilibet contractus,qui extra controuerfiam fit de iure gentium,& quiuis libenter agnofcet, ac fciet,illius vfum apud nonnullas gentes ignorari: quanto magis,quia etfi Germani(quorum exemplum in ore omnium verfatur) non teftarentur attentis ipforum primordijs;id ex eo proueniebat,quia rudes erãt, &(vt inquit Corn. Tacit. in libello, de moribus German.) literarum fecreta, viri pariter, feminæ ignorabant.

16 Præterea,probatur † d. fententia, ex textu in l. neque,§. 1 aliàs l.idem eft,§.& deportati, ff. de milit. teftam. vbi Vlp. ita fcribit: *Et deportati, & fere omnes,qui teftamenti factionem non habent,à milite hæredes inftitui poffunt*; &c. Vnde manifeftè colligitur, militem teftari de iure gentium, & militare teftamentum effe fimpliciter actum iuris gentium:& propterea illius capacem effe deportatum, iuxta regulam l.funt quidam,ff.de pœnis.

17 Cuius † folidi fundamenti vim non eneruat aliquorum ex fupracitatis Doctoribus refponfio, quod nempè hoc proueniat à priuilegio peculiariter militi concesfo. Nec etiam id, quod deinde opponunt, videlicet, ex d. §. & deportati, folum colligi deportatum habere teftamenti factionem pafliuam, non verò actiuam: quafi tunc dicendum foret,teftamẽtum effe de iure gentium origine, quando deportatus illius actiuè capax cenferetur.

Non inquam euertitur fuprapofitum fundamentum: quia quod attinet ad primam replicationem, folum concludit, ex priuilegio effe remiffa militibus folennia teftamentorũ, vt ita generaliter oftendit Imper. in princip. Inft. de milit. teftam. qua folemni obferuatione remiffa,ftatim confequitur, illum ad libitũ poffe teftari,omiffo numero feptenario teftiũ, ipforum fignis,fubfcriptionibusque prętermiffis,cum fimilibus, vt intendit Imp. in d. princip. Inft. de milit. teftam. vbi glofs. verbo obferuatio,vltra alios notat Vigl. ibidem, nu. 4. poffe etiam pro parte bonorum, & temporis teftatum,& pro parte inteftatum decedere, l. ius noftrum,ff.de regul. iuris, l. fi miles vnum ex fundo,l.fi duobus,l. in fraudem, §. miles & ad tempus,ff.de milit. teftam. laxata namque iuris ciuilis feueritate,illud idem conftituit naturalis ratio apud omnes peræque obferuata, & ita,qui de iure gentium teftatur,& pro parte bonorum,& ad tempus & ex tempore teftari poteft, Viglius, in §.hæreditas plerumque, nu. 7. Inft. de hæred. inftit. & hinc eleganter deducitur,quod vbi tantum ius gentium obtinuerit, poterit argumentum directum deduci ex teftamento militis; quafi in fe nihil aliud contineat, quam actum iuris gentium, vt obferuat Vigl. in Rubr. nu. 9. Inft. de milit. teftamento.

18 Et quod † militibus hæ, vel illæ in indiuiduo obferuationes teftamentariæ non fint particulari priuilegio remiffæ,fed potius in genere remiffa folennia ciuilia: ex eo infuper comprobo,quia omnia iura, (vt attẽdenti patebit) quæ figillatim, nunc hunc, nunc illum effectũ contra aufteritatem iuris ciuilis in teftamento militari patefaciunt; non indicant peculiare priuilegium conceffionis, fed potius generale remiffionis folennitatum ciuilium: quafi inducta generali remiffione,reliqua confequantur; ergo poffe à milite deportatum inftitui, non peculiari priuilegio obtentum eft (quod nequaquam obfecit I.c.in d.§.& deportati, aliter

ter id exprimeret; quia I.consulti tantum est, respondere secundum iuris regulas; non verò ab illis eximere)sed potius à remissione solennitatum ciuilium: vt ita nosceretur, militem quoad facultatem testandi reductum esse ad merũ ius gentium, cuius deportatus capax est.

19 Tandem id † conuinco deducendo ad absurdum: nam si peculiare priuilegium extaret, quo miles potuisset deportatum instituere, iam fauor iste non militi, sed deportato principaliter conferretur: qui enim in his terminis commodum sentit, solus deportatus est; & ita militare priuilegium directo capacem redderet deportatum, cui communio iuris, interdicta est, d. l. sunt quidam, ff. de penis; cuius argumenti quantum robur sit, maturo pensitantium iudicio relinquo.

20 Ad secundum † verò obicem, qui opponebatur, scilicet, quod ex d. §. & deportati, non colligebatur, deportatum esse capacem testamenti factionis actiuæ, sed tantum passiuæ; quod licet agnoscamus, respondetur, non proinde minui propositi fundamenti vim: quia omissa ratione, ob quam ipse testari nequeat (de qua inferius statim agendum est) sufficit, quod ipse capax est acquirendi ex testamento militari; tunc enim succedit regula l. sunt quidam, ff. de pęnis, vbi deportato sola permittitur acquisitio de iure gentium: vnde, quæ ei permittitur ex testamento militari, in eandem causam incidere consequens est.

21 Quæ sic † comprobata opinio eo magis placere debet, quo contrariæ fundamenta clarius euanescunt, vt apparebit; nam primum facile diluitur, si aduertas Imp. in §. ius autem gentium, Inst. de iure naturali, in relatis verbis, non definiuisse ius gentium, sed originem tantum tradidisse, à necessitate quippe humanæ societatis dimanauit; definitur verò in §. ius autẽ ciuile, vers. quod verò naturalis, Inst. eodem tit. sub qua vera definitione continetur testamenti factio, iuxta supra dicta. Insuper ad humanam necessitatem referri potest, cum ad quietem eiusdem humanæ societatis maximè conducat: ne scilicet bona defunctorum vtpote vacantia in direptione sint, in grandem ciuilis quietis conturbationem.

22 Ad † secundum ex d. l. 2. cum ll. seqq. ff. de iust. & iure, in primis responderi potest, testamenti factionem aliqualiter contineri in d. l. ex hoc iure, ff. eodem tit. ibi: *Commercium*. Nã vicissitudo versatur, & quædam commercij species in mutua inter homines successione testamentaria. Vel aptius responde, in prædictis legibus non referri omnia, quæ iuris gentium sunt, vt innuit Imp. in §. ius autem gentium, Inst. de iure naturali, ibi: *Et alij innumerabiles*; &c. deinde constat, pęnas irrogare, pręmia reddere, maioribus obsequia præstare, iuris gentium esse, idque nemo inficiatur: & tamen in dictis iuribus non continentur. Aliter, ac tandem satisfacit Ozerius Tolentinas contrariæ sententiæ defensor, in d. Rubr. nu. 31. videlicet, in d. l. ex hoc iure, referri tantum contractus iuris gentium.

23 Ad tertium † ex d. l. verbis legis, ff. de verb. signific. omissa multiplici interpretatione Vigilij vbi supra, nu. 12. & Tobiæ, nu. 7. vers. secundo pro hac, qui non plenè satisfaciunt. Respondeo, ex citato textu non probari lege 12. tabul. esse simpliciter tributam facultatem testandi: idnamque iure gentium receptum erat: sed tantum probari, latissimam potestatem tributam esse, & ita aliquid amplius, quã quod de iure gentium cognitum erat, vt patet in exemplus ibidem subiunctis.

24 Ad quartum † ex d. l. lege obuenire, ff. de verb. signif. Respondetur primò, quando dicitur testamentarias dispositiones lege 12. tabul. confirmari, idem esse, ac recipi; quasi etiã à lege 12. tabul. recipiantur. Vel responde, confirmari, quia varijs solennibus sepiuntur, cum nuda, simplex probata voluntas de iure gentium sufficiat. Vel tandem elegantius satisfac, dicendo, quod cum ius ciuile subtiliter declarauerit, vt statim post mortem defuncti, bona ipsius vacent, & primo occupanti concedantur, l. 1. ff. de rerum diuis. iuncta Auth. de nuptijs. §. deinceps, collat. 4. nisi persona ficta ab eodem iure ciuili introduceretur, quæ bona defuncti sub dominio antiquo coercet, l. mortuo, ff. de fideiussor. sequitur, illam infirmitatem, quam in testamentaria successione ius ciuile introspexit (quam tamen ius gentiũ neglexerat) ab eodem iure confirmari, vt in d. l. lege obuenire, secundum quæ bene potest dici testamentarias hæreditates à lege 12. tabul. quia scilicet antea erant infirmæ, considerata tamen infirmitate ab eodem iure ciuili, non verò gentium.

25 Ad quintum † communiter respondetur per supra relatos pro hac posteriori sententia; quod propterea deportatus testamentum facere nequit, quamuis aliàs facultas testandi de iure gentium sit; quia in orbe Romano talis factio testamenti non obseruatur, nisi solennia quoque ciuilia interueniant, quæ tamẽ interdicta sunt deportato, d. l. sunt quidam, ff. de pęnis, & consequenter testamentum nequit condere, d. l. eius qui, §. 1. ff. de testam.

Ceterum, huic responsioni replicat eleganter Ozerius Tolentinas, in d. Rubr. de testam. nu. 32. quod inde sequeretur, deportatum esse etiam incapacem contractuum iuris gentiũ, qui recensentur in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure: quia omnibus istis ius ciuile formas, ac solen-

solennitates addidit, vt patet ex l. 1. ff. de contrah. empt. vbi ius ciuile statuit, vt emptio nõ aliter fieret, quam pretium interueniret in pecunia numerata, cum tamen antea etiam in speciebus pretium constitui potuisset, vt ex d. l. 1. eleganter ostendit paruus meus Arius Pinellus, in Rubr. C. de rescind. vendit. 1. parte, nu. 29. Deinde constituit ius ciuile, vt scriptura requiratur, l. contractus, C. de fide instrum. & tamen adhuc hodie deportatus est capax contractuum iuris gentium, l. si mandauero, §. is cui, ff. mandati, quam capacitatem eidem con seruat ius ciuile, vt patet ex d. l. sunt quidam, ff. de pęnis.

26 Et quod † superadditum vestimentum solennitatum ciuilium nihil immutet, si actus iuris gentium est, quo minus deportatus eius sit capax, probatur: nam matrimonium iuris gentium est; etenim cum genere humano proditum est, & postea multis solennitatibus a iure ciuili munitum fuit, vt patet ex tit. ff. de ritu nuptiarum, ex princip. Inst. de nuptijs, & tamen deportatus eius capax est, l. sed si mors, ff. de donat. inter virum & vxor. vt ponit Tobias, in d. principio, nu. 9. & melius comprobaret ex l. res vxoris, 24. vers. vlt. C. de donat. inter virum & vxor. & ex Auth. de nuptijs, §. deportatio, collat. 4. ergo si testamentum iuris gentium esset, licet postea solennibus fuerit vndique ornatum, non proinde tamen deportatus eius incapax redderetur.

27 Viglius † in d. §. sed prædicta, nu. 11. Inst. de testam. agnoscit replicationem Tolentinatis concludere in ijs, quæ à iure ciuili denuo introducta sunt, vt ecce quando scriptura in contractibus requiritur, iuxta d. l. contractus, C. de fide instr. non ita generaliter in contractibus, quos tantum approbauit ius ciuile. Quæ solutio parum tuta est, quia conuelli facilè potest, si probetur, quidquam etiam tenue à iure ciuili additum esse; quod facilè esset inuenire in quolibet contractu iuris gentium; eo maximè, quia nullus adest contractus iuris gentium, quamuis à iure ciuili nihil solennitatis mutuaretur circa ipsius celebrationem, qui circa executionem non indigeat actione, quæ à iure ciuili inuenta est, l. 2. §. deinde, ff. de origine iuris, notat glossa recepta, verbo vlt. in l. rerum quidem, ff. actione rerum amot. & verb. obligationes, in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure, vbi omnes sequuntur. Confunditur denique Viglij solutio ex infra dicendis.

28 Deterius † opinatus est Tobias vbi supra, nu. 10. qui tandem, vt prædictam Tolentinatis replicationem deuitaret, quasi securius concludit, deportatum esse testandi incapacem, etiam attento iure gentium, ne ex culpa sua commodum reportaret. Quæ opinio abeat ab ore etiam semidoctorum, indigna quippe est tanti viri ingenio, quale in Tobia agnoscitur: ius namque gentium non discreuit deportatos ab alijs hominibus, nec talem capitis diminutionem recepit, figmentum iuris ciuilis. Rationem quoque Tobiæ ineptam esse deprehendet quilibet: quia deportatus non acquirit commodum testandi propter delictum, id enim nemo dicit, solumque afferimus, non deperdi ex delicto, si bona superessent: nec ex eo quod apud Romanos testari seruata sola forma iuris gentium deportatus nequiuisset, sequitur illum esse incapacem testandi de iure gentium: nam hoc aliunde prouenit, vt inferius ostendemus.

29 Quapropter † pro solutione propositæ difficultatis, & superadditæ instantiæ, aduerte, actus de iure gentium inductos, aut receptos, non ob id mutare naturam, aut originem, quod postea ab hoc, vel illo populo uarijs solennitatibus muniantur, vt tetigit Tolentinas vbi supra, nu. 32. tetigit etiam, sed temere recessit Tobias in d. princip. nu. 9. cum seq. quod maximè obtinebit in eo populo, in quo actuũ iuris gentium peculiaris differentia, & obseruatio attenditur quoad varios effectus: nam tunc luce clarius erit, quod conseruantur in sua primæua natura, & origine, licet solennia ciuilia sint superaddita: alioquin, vt notaui, nihil pene iuri gentium tribuendum esset, nisi solam illam rudem, & antiquam originem.

30 Aduerte † deinde, solennia ciuilia, quæ actibus iuris gentium superadduntur, esse in duplici differentia: nam vel respiciunt tantum celebrationem actuum: vel etiam habilitatem personæ, secundum mores, aut ius ciuitatis. Si solennia respiciant dumtaxat actum ipsum iuris gentium, qui geritur, non verò personas gerentium, indistinctè eiusdem factio omnibus competet, quibus attento iure gentium competeret. Si verò solennia personas respiciant, ipsarum videlicet habilitatem, vel inhabilitatem, tunc secundum talem ciuilem sanctionẽ indaganda est habilitas, vel inhabilitas gerentium: potuit namque ius ciuile addere solennitatem actui iuris gentium, quæ ex iusta ratione aliquẽ ab eodem actu repellat, veluti, si agatur de publica quiete, & ciuili societate, quæ in punitione delictorum consistit, vt reliqui deterreantur. Sicut enim seruitus iure naturali incognita, ob ciuilis societatis conseruationem naturali ratione a iure gentium recepta fuit, §. seruitus, Inst. de iure personarum; ita & eadem suadente ratione, ius gentium in particulari a iure ciuili potest, non quidem mutari, sed certe declarari aliquando non vigere. Nam ratio non solum producit ius gentium, iuxta

iuxta §. ius autem ciuile, vers. quod verò natu ralis, Inst. de iure naturali, verum etiam conseruat: qua cessante, cessat & ipsius iuris gentium hæc, vel illa dispositio.

31 Ex quibus † breuiter notatis infertur Primò, deportatum posse facere ea omnia, quæ à iure gentium fuere introducta ante ius ciuile, cum & a iure ciuili conseruentur deportato, l. sunt quidam, ff. de pęnis, quamuis varijs, ac ciuilibus solennibus quoad sui celebrationem fuerint vndique vestita. Et hinc prouenit, quod deportatus poterit emere, vendere, vel similiter contrahere, gloss. recepta, verbo, habuerint, in l. 2. C. de bonis proscript. quamuis hi contractus (qui origine sunt, & adhuc conseruantur de iure gentium) multa solennia sortiti fuerint à iure ciuili; & consequenter poterit vti solennitate scripturæ, quam ius ciuile introduxit in d. l. contractus, C. de fide instrum. & Ordinatio Lusitana, lib. 3. tit. 59. §. 1. & 2. quidquid contra innuat Viglius, in d. §. sed prædicta, d. nu. 11. nam hæc solennia nec ademere dictum contractum à iure gentium, nec ademisse credendum est, cum ius ciuile adhuc conseruet actus iuris gentium, quorum simpliciter capacem facit deportatum, d. l. sunt quidam, ff. de pęnis.

32 Infertur † secundò, quod licet actio sit inuentio iuris ciuilis, vt probauimus: nihilominus a deportato, vel quolibet alio peregrino exerceri potest pro executione actus iuris gentium: quia cum contractus iuris gentium deportatis non interdicantur, consequens fuit, vt remedia, quibus executioni mandantur, prę dictis incapacibus concessa censerentur, alioquin nullus omninò contractus iuris gentium effectualiter deportato, siue peregrino competeret; cum sola ordinaria remedia sint in vsu, vt debitæ executioni, & vltimatæ perfectioni prædicti contractus tradātur; quomodo enim poterit deportatus agere ad implementum vēditionis, vel emptionis, nisi ex vēdito, emptoue actione vtatur; seu quomodo obtinebit hæreditatem militarem, in qua institutus est, iuxta d. l. idem est, §. & deportati, ff. de milit. testam. aut legatum, siue fideicommissum à mi lite relictum, iuxta l. si deportati, 7. §. 1. ff. de legatis 3. nisi vel petitione hæreditatis, vel varijs actionum generibus, quæ pro legato com petunt, vtatur; in quo, sicut & in similibus alijs speciebus, nunquam peculiariter prouisum fuit deportato, vt agere posset in iudicio: sed id tanquam necessarium consequens concessum intelligitur: & ita agitur ratione contractuum de iure gentium per medium ciuile, vt eleganter tradit gloss. vlt. in l. rerum quidem, ff. actione rerum amot. & Bart. in l. si mandauero, §. is cuius, ff. mandati, vbi reliqui ordinarij, elegantissimè. Imola in l. si victum, num. 1. ad fin. ff. re iudic. & ante eum Bart. num. 1.

33 Infertur † tertiò verus intellectus ad d. l. si mandauero, §. is cuius, ff. mandati, ibi: *Is cuius bona publicata sunt, mandare alicui potest, vt ea emat*; &c. vbi agens de deportato, inquit I.c. posse mandare, & ei actionem competere, cū mandatum sit iuris gentium, l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure, ibi: *commercium*, iuncta gloss. ibidem, notat Bart. in d. §. is cui, & communiter Doctores, Tolentinas, in d. Rubr. Inst. de testament. nu. 32. sentit apertè Imola, in l. si victum, 34. nu. 1. in fine, ff. de re iudicata.

Nec admittenda est Tobiæ Nonij interpretatio in d. princip. Instit. de testam. nu. 9. vbi opinatur, d. §. is cui, non procedere in deportato, vel qui ciuitatem amisit, sed potius in quolibet alio, cuius (salua ciuitate) bona publicata sunt, argumento l. certa forma, vbi Bart. & alij, C. de iure fisci, lib. 10. Hæc enim interpretatio, quæ alijs etiam grauissimis præceptoribus Lusitanis non displicuit, omninò explod itur ab eodem I.c. in d. §. is cui, ibi: *Quia publicatis bonis, quidquid postea acquiritur, non sequitur fiscum*; Quæ verba nisi intelligerentur de deportato (sed potius de relegato, aut similis, cui integer manet status) sine mente proferrentur: nam de solo deportato dubitari poterat, an postea sibi acquirere, aut retinere possit, cum communionem non habeat iuris ciuilis, ex sæpe citata l. sunt quidam, ff. de pęnis. Verum cum acquisitio de iure gentium ei interdicta non fuerit, d. l. sunt quidam, & innuit l. 2. ibi: *Rerum, quas post pęnam irrogatam habuerint*; &c. C. de bonis proscript. & consequenter possit emere, & mādare, merito d. §. is cui, intelligendus est in deportato.

34 Si igitur ex † dictis constat, solennia ciuilia addita actibus iuris gentium, non efficere, quo minus adhuc de iure gentium actus dicantur, quorum deportatus capax est, & testamenti factio iuris gentium sit, vt probauimus, cur deportatus testari nequit, saltem de iure gentium?

Ex præmissis satisfit, si dicamus, propterea respectu testamentariæ factionis deportatum esse incapacem, quamuis origine, & inuentione iuris gentium fuerit: quia solennia addita a iure ciuili, non solum respiciunt actum testandi, sed etiam personas testantium, v.g. vt sint ciues Romani, l. 1. ff. ad legem Falcid. ibi: *Qui ciues Romani sunt*; &c. & cum deportatus ciuitatem amittat, §. minor, Inst. de capit. minut. nihil mirum, quod testari nequeat; sic enim naturali ratione suadente puniendo delinquentes, conseruatur quies publica, & societas ciuilis.

Hæc

35 Hæc etiam † qualitas ciuis Romani quoad passiuam testamenti factionem inspicitur d. l. 1. ff. ad leg. Falcid. ibi: *Quantam cuique ciui Romano pecuniam*; &c. & hinc intelligitur l. si deportati, 7. §. 1. ff. de legatis 3. & l. 1. C. de hæred. instit.

36 Et hinc † etiam est, quod in successione ab intestato (quamuis origine sit iuris gentium) deportatus hæredem habere nequit: nec ipse esse potest, vt supra probauimus: nam adhuc qualitas personæ a iure ciuili inspicitur; & ita intelligi debet l. 2. C. de bonis proscript. ibi: *Nec earum quidem rerum, quas post irrogatam pœnam habuerint, hæredem habere possunt*; &c. scilicet, nec etiam ab intestato.

37 Hinc † etiam prouenit, quare peregrini nō poterant testari apud Romanos commorantes, nec etiam ab alijs institui, aut eisdem legari, d. l. 1. ff. ad legem Falcid. d. l. 1. C. de hæred. instit. Vigl. in §. vlt. num. 2. Inst. de hæred. instit. quamuis eisdem facultas esset testādi de iure gentium, quia nempe ad testamentum conficiendum in orbe Romano, vel vt hę res quis institueretur, requirebatur, vt ciuis Romanus esset. In quo quidem ius Romanorum non derogauit iuri gentium, quo est inferius: sed tantum apud suos, & in suo territorio ex iusta causa potuit concedere testamenti factionem sub certis solennibus, quorum, qui non fuerit capax, per accidens non poterit testari. Indeque iustificatur lex Galliæ, qua cauetur, ne peregrinus (quem Albinum vocant, quasi alibi natum) testari queat, vt refert Vigl. in d. §. vlt. nu. 3. nam in regno Gallico attenditur etiam qualitas testantium pro solennitate actus. An verò in vniuersum possit tolli facultas testandi, infra discutietur.

38 Infertur † tertiò resolutio ad illud, quod tetigit, finistreque resoluit Tobias in d. princip. Inst. de testam. nu. 10. cur videlicet (si testamenti factio iuris gentium est) deportatus saltem de iure gentium non possit testari, spretis solennitatibus ciuilibus, quod etiam negat generalitas d. l. eius qui, §. 1. ff. de testament. Facile enim satisfit, si aduertas in orbe Romano, non aliter receptam fuisse testandi facultatem a iure gentium ortam, nisi sub solennibus respicientibus personas testantium, quod scilicet sint ciues Romani, vt probauimus; vnde sequitur, non aliter etiam ibidem fieri posse testamentum, quam data habilitate personarū, si tamen extra iurisdictionem Romanam deportatus ille decederet, vbi facultas testandi non requirebat certam aliquam qualitatē personalem, tunc de iure gentium testari potuisset.

39 Infertur † rursus ex suprapposita doctrina vera resolutio ad quæstionem, vtrum deportatus possit matrimonium contrahere? cum constet, matrimonium esse de iure gentium, & cum ipsis primis hominibus simul prodijsse. In qua securè respondendum est, non posse: quia apud ius ciuile ita receptum est matrimonium, vt inter alia solennia, quæ eidem subiunxit, necessarium sit, quod celebretur inter ciues Romanos, princip. Inst. de nuptijs, quod formidolosè, & mente incerta tetigit Tobias, in d. princip. nu. 10. quod adeo verum est, vt etiam antea initum deportatione solueretur, de quo latè egimus sub hoc lib. 2. cap. 2. nu. 7. & a nu. 35. vbi ostendimus, principali beneficio indultum esse, vt deportatio matrimonium semel contractum nō dissolueret, quod ius ciuile potuit efficere, remissa tunc solennitate ciuili, quæ inter ciues tantum Romanos agnoscebat matrimonium.

40 Infertur † tandem, quod si ius ciuile in testamentaria obseruatione remittat illam solennitatem personalem, qua solis ciuibus testari permittitur, eo ipso deportato testari concessum intelligeretur, tunc enim manebat is actus iuris gentium expeditus a solennitate, quæ sola auertebat deportatum, vtpote non ciuem. Neque tunc reliqua solennia obstarent, vt supra probauimus. Vnde etiam colligetur, quod licet ex remissione solennitatum ciuilium in testamento militari, consequens fuit, vt in eo deportatus hæres institui, vel legatum, seu fideicommissum accipere possit, d. l. idem est, §. & deportati, ff. de milit. test. l. si deportati, 7. §. 1. ff. de legatis 3. non tamen necessaria fuit remissio omnium solennitatum ciuilium, vt istam testamenti factionem passiuam deportatus haberet; sola namque sufficeit remissio solennitatis personalis, quæ in generali priuilegio militari continebatur.

41 Ad Sextum † respondet Viglius, in d. §. sed prædicta, num. 11. voluntatem testatoris non conferri in tempus inhabile quoad substantiā actus, quasi tunc censeatur fieri, cum morte soluatur, Auth. de nuptijs, §. deinceps, collat. 4. sed potius quoad executionem: ita, vt voluntas sit perfecta ante mortem, quo tempore adhuc dominium retinetur. In cuius comprobationem facit, quod testamentum in vita rūpitur, iniustum fit; vel reconualescit, aut rumpit anterius, l. posthumi, 3. §. 1. cum similibus, ff. de iniusto, rupt. & irrito testam. l. si filius, qui in potestate, ff. de liber. & posth. l. posthumus, 12. ff. de iniust. rupt. §. posteriore, Inst. quibus modis testam. infirm. cum mille similibus.

Et quamuis eo casu, quo sola executio confertur in tempus inhabile, inutilem dispositionem dicat Bald. Salic. in l. quod sponsæ, C. de donat. ante nupt. Bellonus, in princip. Quæst. 2. nu.

2.nu.1.Inst.de testam. Ægidius Lusitanus, in prefatione,n.12.ad l.1.C.de sacros.Eccles.hoc tamen intelligendum erit, nisi actus tempore habili aliquem effectum operaretur, vt agnoscit idem Ægid.in d.l.1. parte 1.§.1.nu.4. vers. & sanè. constat autem ex dictis testamentum aliquid in vita operari.ergo,&c.

42 Ad septimum † ex §. sed prædicta. iuncto superiori §. sed vt nihil, Inst. de testam. vt supra perpendimus. plenè respondet Vigl. in d. §.sed prædicta,num.12. Tobias,in d. princip. nu.7.vers.mouentur,quod videlicet loquatur, de antiquissimis formis testandi, quæ a natione Romana fuerunt olim receptæ, non verò de facultate testandi, quæ antiquior est, & de iure gentium introducta.

43 Quod † verò subiungitur ex d. Auth.de nuptijs, §. disponat, collat. 4. vbi lex 12. tabul. antiquissima vocatur,vltra responsionem Viglij,d.nu.12.respondetur,quod tunc antiquissimo nihil antiquius est, quando superlatiuum in id recidit, in quod & comparatiuum. At mens Imp. in d.§.disponat,non est,legem 12. tabul. esse antiquissimam respectu inuentionis,& originis testamentariæ, sed respectu solennis,ac ciuilis formæ testandi,quam ius ciuile Romanorum sibi assumpsit, vt inquit Tobias, d. princip. numero 10. vers. quartò adducitur.

44 Ad octauum † ex l.3. ff. de testament. vltra responsionem Tobię,d.num. 10. vers. quinto etiam, respondetur, ibidem non agi de testamenti factione,à quonam iure fuerit inuenta; sed an à priuatorū conuentione dimanet, aut à communi gentium,vel ciuili iure,ad effectū, vt possit, vel non possit priuatorum pactionibus immutari? & respondet I.c.esse iuris publici, & propterea subiungit ibi: *Ideoque forma eius priuatorum pactis non læditur*; Quæ illatio satis comprobat mentem I. c. & aliàs tetigit Vigl. & quos ipse refert in princip. nu.9.Inst. quibus non est permiss. fac. testam.

Vel aliter,ac melius responde, I.c. in d.l.3. agere de forma testandi,hoc est,de sollēnibus, quibus testamentum celebrari potest: & hanc formā dicit esse iuris publici, id est,iuris,quod ad populum Romanum spectat, iuxta §. vlt. Inst. de iust. & iure, tetigit Tobias,vbi supra, num. 10. vers. quintò etiam; & id manifestè comprobat illatio I.c. ibi: *Ideoque forma eius*; &c. & eleganter mihi suadet I. c. Paul. in l.1. ff.ad legem Falcid. ibi: *Is quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare,legare vo'et, ius, potestasque esto*; &c. vbi agens de ampla, ac solenni facultate testandi,eam iuri publico tribuit,hoc est,ciuili Romanorum,de quo sermo erat.

45 Ad nonum † ex d.§. vlt. Inst. de vsu; & habitat. omissa responsione Tobiæ in d. princip. nu. 12. dum contra mentem Cæsaris, & cōtra ea,quæ supra comprobauimus,dixit, ius legitimorum, siue cessionum, scilicet ab intestato, esse simpliciter de iure gentium. Respondetur, Imp. de plano procedere, videlicet, titulos,& causas acquirendi de iure gentium præcessisse; deinceps sequi modos acquirendi de iure ciuili: non quod omnes simpliciter sint iuris ciuilis quoad inuentionem, sed quia non nisi iuris ciuilis capaces per eos acquirere poterant,videlicet ciues Romani, vt latè probauimus in solutione quinti argumenti,quod inde palam fit, quia Imp. in d.§. vlt. agit de acquisitione; non de inuentione. Secundum quā veram expositionem eleganter probat, omnium actuum, siue contractuū,quorum retro fit mentio,esse capacem eum,qui capax est iuris gentium.

46 Ad decimum † verò de contractu, cui ius ciuile formam, nomenque dedit, respondetur, verum esse,quod contractus, cui ius ciuile formam tribuit,simul & nomen,est iuris gentiū, vt in stipulatione. Quod tamen intelligo, quando ipsa forma, & nomen, aliquid denuò efficiunt in indiuiduo; quod non nisi in genere alioquin erat. v.g. pactum erat, quid generale: postea ius ciuile statuit, vt si pactum duorum ita fieret, vt si peteret vnus, & alter promitteret, oriretur quædam pacti species, quæ dicitur stipulatio. Hoc tamen testamento applicari non potest: nam qua tale, prout in indiuiduo nunc consideratur, iam erat de iure gentium; hoc est, sentētia eius, quod quis post mortem suam fieri volebat de bonis suis. Quod autem hæc vltima voluntas varijs solennibus vestiatur, non efficit, vt noua actus forma oriatur, cum præexistens materia testamenti, non vaga, & generalis, sed iam specifica esset, seu indiuidualis, vt cum philosophis loquamur. Quod autem à Latinis testamentum, vel à Gręcis aliter, atque aliter ab alijs nationibus vocitetur, non mutat rei substantiam. Maneat itaque generaliter constitutum, eum dici contractum iuris ciuilis, quem ius ciuile ad speciē talem reduxit, cum non informis antea, & insolennis esset, sed nullus in specie, licet foret in genere, vt in stipulatione: nec item à iure ciuili datam formam testamenti, prout forma constituit nouam speciem, sed prout significat varia, ac solennia vestimenta.

47 Ad vndecimum, quod † hæredis institutio in testamento requiratur; hæc autem à iure ciuili fieri debeat, iuxta §. quos autem, Inst. de bonorum possess. respondetur, quod hæredes testamentarij à testatoribus fiunt; ab intestato verò venientes, tam à ciuili, quam à gentium iure. Nec quidquam facit d. §. quos autem, quia

quia loquitur per respectum ad ius Prætoriũ,
quod hæredes facere nequit: non verò per re-
spectum ad ius gentium.
48 Ad vltimum, † de autoritate Isidori, in c.
vlt. 1. distinct. vt supra perpendimus, vltra in-
solentem responsionem Viglij in d. §. sed præ-
dicta, nu. vlt. facile satisfacies, si aduertas, Isido
rum retulisse ad ius Quiritium legitimas hæ-
reditates, seruatis videlicet ijs solennibus, quæ
ius ciuile inuexit; propter quæ non nisi ciuis
Romanus, & capax iuris Quiritum, poterat
vel hæredem instituere, vel hæres institui, vt
innuit, ibi: *Quod nulli tenent, nisi Quirites*; &c.
hoc enim verum est: nam de iure gentium ea
non obseruabantur. Vnde, nihil inconueniit
dicere, testamenti factionem esse de iure gen-
tium: legitimam, id est, solennem factionem
de iure ciuili, & ita etiam liberatur quod ibi-
dem tradit Isidorus, dum contractus refert ad
ius peculiare Romanorum, quod (cum abso-
lutè dictum in nullius mentem cadere possit,
propter l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure) vel in
telligendum est de ijs contractibus, quos ius ci
uile Romanorum denuò introduxit, vt est sti-
pulatio, & si qui sunt similes, de quibus Docto
res in d. l. ex hoc iure, vel potius de solennita-
tibus, quibus vestiuntur, quæ quidem sunt pro-
priæ Romanorum, & in eos tantum consti-
tutæ.

Hæc sunt, quæ aliqualiter obstare videban-
tur; quorum solutio proderit etiam ijs, quæ
forsan denuo effingi poterunt: quæ nisi contra
dicendi, aut popularem auram aucupandi libi
do inuexerit, silebit in posterum ista quæstio,
ne autem inutilis videatur.
49 Infertur primo † resolutio ad illam quæstio
nem, vtrum facultas testandi competat de ri-
gore & iustitia: an verò de æquitate, & gra-
tia. In qua totum ad æquitatem refert Abb.
in Rubr. de testam. nu. 2. & plures ex antiquio
ribus, quos refert Ias. in Rubr. C. qui testam.
facere poss. eandem sententiam probat ibidẽ
Dec. nu. 10. & in l. cum qui, nu. 4. ff. de iuris-
dict. omn. iud. sentit gloss. verbo, pendere, in
l. illa institutio, ff. de hæred. instit. veriorem,
ac magis communem videri dicit Padilha, in
l. cum quis, nu. 13. C. de iuris, & facti ignor. no
uissime sequitur Lusitanus Ægidius, in pręfat.
nu. 12. ad repetitionem l. 1. C. de sacros. eccles.

Ad rigorem tamen trahit facultatem testã-
di Ias. vbi supra, prope finem, vbi modernio-
res sequuntur teste Decio ibidem, nu. 5. Bald.
in d. l. illa institutio, eãdem securè tenet Vigl.
in d. §. sed prædicta, nu. 12. Inst. de testam. Mo
lina Thologus, de iust. & iure. tract. 2. disput.
124. vers. vlt.

Omitto figmenta Belloni in d. princip. de
testam. quæst. 2. n. 3. Tobiæ ibidem, nu. 23. vbi
facultatem testandi, nec ad rigorem iuris, nec
ad gratiam, sed ad æquitatem iuris referunt,
cum ista iuris æquitas in effectu nihil aliud sit,
quam naturalis ratio, quæ cuique defert testã-
di potestatem, vt innuit l. eas. ff. de capite mi-
nutis, & ibi gloss. verbo, de dote, nisi malint in
telligere de epicheia, hoc est, legis mente. &
ita ipsorum sententia in primam supra posi-
tam recidet.

Vtraque tamen opinio ex dictis conciliari
potest: nam si consideremus facultatem te-
standi, & validitatem a iure gentium originẽ
traxisse: resoluendum est, de rigore competere
ius testandi; si verò consideremus infirmita-
tem, quam ius ciuile attendit, & cui ipsum me-
detur, inuecta ficta persona, vt supra ostendi-
mus: necessario tunc fatendum est, de æquita-
te, & gratia hominibus testari permissum esse.
50 Infertur † secundo, pupillum doli capacem
testari posse eo loci, vbi ius ciuile non obligat.
nam cum iste ea omnia exercere valeat, quæ
sunt iuris gentium; quo attento consensus dũ-
taxat requiritur, & ob id naturaliter obliga-
tur. l. 1. ff. de nouat. l. pupillus, ff. ad legẽ Falc.
§. pupillus, Inst. de inutilibus, quod in proxi-
mo pubertati agnoscit Lusitanus Caldas. in l.
3. verb. hunc contractum, nu. 20. vers. sed hęc.
C. de in integr. restit. min. & inde est, quod ma
trimonium contrahere valet, cap. iuuenis, de
sponsalibus, cap. de illis, de desponsatione im-
pub. Caldas, vbi proxime, nu. 1. Lusitanus Co-
sta, in cap. si pater, 1. parte, verb. impuberes,
nu. 9. & generaliter, quod actus iurisgentium
valeat exercere, late comprobat Lusitanus
Ægidius, in repet. l. 1. C. de sacros. eccles. 1. par
te, §. 1. nu. 2. vnde nihil mirum, quod etiam te-
stari valeat. Ius autem ciuile in suis legitimis
dispositionibus statuit certum terminum qua
tuordecim annorum, etiam sapientissimo pu-
pillo. plures refert, & sequitur Gomez, in l. 3.
Tauri nu. 2. Costa, in d. 1. parte, verb. impube-
res, nu. 9. Caldas, in d. verb. hunc contractum,
nu. 20. Aegidius, in d. 1. parte. nu. 1.
51 Vnde † subinfertur, quod cum miles de iu-
re gentium testari possit, vt est communis sen-
tentia cũ Bart. in l. 1. ff. de condict. indeb. & in
l. neque, ff. de milit. test. Vigl. in Rubr. Inst. de
milit. testam. nu. 9. & in § sed etsi quis. nu. vlt.
infra eodem, & in §. hæreditas. num. 7. Inst. de
hęred. instit. poterit etiam testari, quamuis pu
pillus si doli capax fuerit: nam tunc cessat im
pedimentum naturale, vt aduertit Vigl. in §.
præterea, nu. 1. in fine. Inst. quibus non est per
miss. & quod pupillus miles esse possit, probat
l. sed etsi milites, §. iam autem militi impube-
ri, ff. de excusat. tut. l. vlt. C. de testam. milit. ad
uertit Bart. in l. in ratione. §. quod vulgo, num.
11. ff. ad legem Falcid.

Nec

52 Nec † replicari poterit, quod de iure ciuili remissa dumtaxat sunt solennia testamentaria militi. princip. Inst. de milit. testam. non vero habilitata persona, quia occurritur, personam militis etiam fuisse habilem effectam a iure ciuili, vt patet in princip. Instit. quibus non est permiss. vbi statuitur, miles testari potest; cum alias paganus nequiret, ergo militis conditio redacta est ad ius gentium, etiam quo ad habilitatem personæ.

53 Non etiam † obstabit §. præterea. Instit. quibus non est permiss. ibi: *Quia nullum eorum animi iudicium est*: nam quod attinet ad pupillum doli capacem, id verè non potest intelligi, vt innuit Viglius ibidem, num. 1. atque ita prædicta verba ex præsumptione tantùm ciuili accipienda fore, tradit Lusitanus Ægidius, in repet.l 1. C.de sacros. Eccl. 1.parte, §. 1. num. 6. immo & in iure pupillus aliquem intellectum habere dicitur, vt in §. pupillus. Instit. de inutilibus.

54 Et hanc † sententiam de iure antiquiore valere, satis probat d. l. vlt. C. de testam. milit. notat Vigl. in d. §. præterea, num. 1. in fine. Ægid. d. 1. parte, num. 6. & quam ego nouè aduerto, adhuc esse in viridi obseruantia.

Nec tunc obstabit d. l. vlt. C. de milit. testam. vbi Iustinianus ita constituit: *Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, si tribunatus numerum mereantur: vltimum elogium conficere posse: attamen indignum nostris temporibus esse videtur eum, qui stabilem mentem nondum adeptus est, propter priuilegia militum, sapientum hominum iura pertractare: & in tenera ætate ex tali licentia, parentibus forte suis, vel alijs propinquis nocere, propriam substantiam extraneis relinquendo, ideoque hoc fieri, nullo modo concedimus*. Vbi videtur denuo constitui, ne pupillus miles testari possit, explosis quoad hoc priuilegijs militaribus contra nostram sententiam. Nec euitari poterit obiectio quasi Imp. tantùm emendet, ne militibus pupillis proximis infantiæ, testari permittatur: nam in hac ætate nec eisdem permitti poterat, propter defectum naturalem, quem lex, aut princeps supplere non potest. Viglius, in d. §. præterea, num. 1. Ægidius, d. 1. parte, §. 1. nu. 6. iude d. l. vltima necessario loquitur in pupillis proximis pubertati, in quibus poterat præsumi aliquod adesse iudicium, & illis omnino denegat testamenti factionem, ergo rigide stat difficultas.

55 Verum † satisfit, si aduertas, olim militari priuilegio concessam fuisse testamenti factionem militibus pupillis iam proximis pubertati, qui aliqualem intellectum habere censentur, §. pupillus, vers. sed quod, Instit. de inutilibus cum alijs, quæ tamen concessio falli poterat, quia in vniuersum ex proximitate pubertatis non statim sequitur illa mens, & iudicium, quod requiritur ad testamenti factionem, & ob id generaliter corrigitur in d. lege vlt. vt patet, ibi; *Eum, qui stabilem mentem non dum adeptus est*, &c. At doli capacitas, quæ consideratur de iure gentium in pupillo, non respicit aliquam coniecturalem temporis determinationem, videlicet, quod pubertati proximus sit: id enim ius ciuile introduxit d. §. pupillus. vers. sed quod, quinimmo probari debet ea, quæ apta sit ad testandum, quæ adhuc de iure ciuili non sufficiebat in pupillo, quamuis maxima foret, vt tradit Viglius, in d. §. præterea, n. 1. Inst. quibus non est permiss. plures, quos refert & sequitur Ægidius, in d. 1. parte, §. 1. num. 1. & hæc doli capacitas, si probetur in milite pupillo, sufficiet ad testamenti factionem, cum etiam tunc de iure gentium testetur, idque comprobat a cōtrario sensu d. l. vlt. ibi: *eum, qui stabilem mentem non dum adeptus est*, &c. ergo, si adeptus fuerit stabilem mentem, testari poterit, cum de iure gētium testetur, & amplius innuit, dum reuocans antiquam licentiam militibus pupillis concessam ex defectu stabilis mentis, non se restrinxit ad certam ætatem, verbi gratia quatuordecim annorum: sed illam tantùm videtur amplecti, quæ stabilem mentem ostendit, quamuis decimi quarti anni supremam diem non attigerit cum illam tantùm excludat, quæ stabilem mentem non demonstrat, stabilem autem mentem in milite impubere intelligo, quæ regulariter est in pagano, vbi primum pubertatem attingit; qui quidem fere nihil ab impubere distat.

56 Quam † nouam resolutionem amplio in milite impubere filiofamilias patria enim potestas illi non obest, si cetera suffragentur; princip. Instit. quibus non est permiss. eius tamen mentem, ac iudicium, tunc plenius probandum fore existimo, propter præiudicium parentis, vt considerat, dicta lex vltima ad finem, C. de militari testamento.

57 Quæ † si vera sunt, notabiliter venit interpretanda Ordinatio Lusitana, libro quarto, titulo 83. §. 3. ibi: *Porque se alguum menor de quatorze annos fosse soldado, ou tiuesse na milicia algum officio, ou dignidade, naõ poderá por isso testar*. id est, quia si minor quisque quatuordecim annis miles esset, aut exerceret militare aliquod munus, aut dignitatem, non propterea poterit testari, &c. quæ constitutio aperte deducitur ex dicta lege vltima, vnde sicut dicta lex vltima, a secundùm nostram interpretationem intelligitur in eo milite impubere, qui stabilem mentem non habuerit;

Cc

63 Tandem † autoritas Abb. nihil euincit, supra enim conclusimus, factionem testamenti, quoad primæuam facultatem esse de iure gentium, & ita de rigore competere, quanto magis, quod Abb. loquitur, dummodo detur iusta causa; quæ si in vniuersum dari nequeat, à contrario sentit, prohiberi non posse testamenti factionem.

SVMMARIVM.

Late agitur de intellectu l. vt pomum. 8. ff. de seruit. à nu. 1. per tot.
Communis interpretatio refertur, ac reprobatur. ibidem.
Sine prædio dominante non potest constitui seruitus realis. ibidem.
Vt constituatur seruitus realis, oportet vt resultet vtilitas prædij, qua prædium est, non verò respectu ad aliud. nu. 3.
In quo consistat ratio dubitandi in nostra lege, vt pomum. nu. 4.
Nostra lex vt pomum, æque excludit realem, & personalem seruitutem. nu. 5.
Seruitus odiosa est, nec præsumitur, & de ratione. num. 6.
Seruitus realis magis odiosa, quam personalis, & de ratione. ibidem.
Non facile seruitutes prædiorum, vel personarum recipiuntur. ibidem.
Licentia pomum decerpendi, suapte natura voluptatem, & non vtilitatem denotat; nec consequenter seruitutem constituit, nisi aliud suadeat materia subiecta. nu. 7.
Quid comprehendat appellatio pomi. ibidem & num. 10.
Licentia spatiandi in alieno non inducit vllam seruitutem. nu. 8.
Licentia cenandi in alieno non inducit vllam speciem seruitutis. nu. 9.
Explicatur l. qui fundum, 205. ff. de verborum signif. num. 10.
Latitudo voluptatis non transit inutilitatem. ibidem.
Explicatur l. si quis vnas, 32. ff. de vsufructu. numero 11.
Seruitus pecoris pascendi, etiam sine vllo prædio dominanti, personæ constitui potest. ibidem.
Explicatur l. competit, 16. §. 1. vers. sed si amœnitas, ff. quod vi, aut clam. nu. 12.
Vsusfructus in amœnitate non potest principaliter constitui, accessorie vero potest. ibidem.
Interesse voluptatis aliquando dicitur, & consideratur à iure. ibidem.
Explicatur l. hoc iure, ff. de aqua quotidiana &c. ibi vel amœnitatis. nu. 13.
Cur seruitus aquæ etiam ad voluptatem constitui possit. ibidem.
Conciliatur obiter l. quoties nec hominum, & l. ei fundo. ff. de seruit. ibidem.
Explicatur l. mela. §. vlt. ff. de alimentis & cibar. leg. num. 14.
Aqua potest per fideicommissum alicui relinqui, & an inde resultet seruitus, vel obligatio personalis. ibidem.
Seruitutes personales, quæ prædium dominantis requirunt, non respiciunt personam, sed res eius, cui debentur. ibidem.
Vsus aquæ potest constitui. nu. 15.
Explicatur l. vsus aquæ. ff. de vsu, & habit. ibidem.
Legatis alimentis etiam aqua legata censetur. ibidem.
Quid intersit discriminis inter vsum aquæ, & fideicommissum aquæ, alicui relictum. nu. 16.
Ex pactionibus, quarum meminit nostra l. vt pomum, resultant obligationes personales. nu. 17.

CAPVT XI.

Ad l. c. Paulum lib. 15. ad Palautium. in l. vt pomum 8. ff. de seruitutibus.

1 
Cribit † ita: *Vt primum decerpere liceat; & vt spatiari; & ut cenare in alieno possimus: seruitus imponi non potest.*

In reddenda ratione, cur in prędictis terminis seruitus imponi nequeat, variant Doctores. Illa communiter recipitur, quod propterea dictæ concessiones seruitutē non important; quia prædium non aderat, cuius vtilitas ex alijs augeretur; deficiente autem prædio, & consequenter illius vtilitate, non potest constitui seruitus realis, l. 1. ff. communia prædiorum, l. quoties, ff. de seruit. tradit Bart. Paul. Alber. hic, vbi etiam Anton. de Leon. Connan. lib. 4. Comment. iuris. cap. 10. nu. 1.

Verum hanc rationem decidendi merito improbat Corasius hic, nu. 6. Forcatul. nu. 4. tum, quia si ex defectu prædij dominantis seruitus in proposito non emergit, frustrà text. inusitatas, & extraordinarias concessiones referret; cum id pariter procederet in ordinarijs seruitutibus: tum etiam, quia si prædictæ concessiones prædio adhærerent, non poterat, non vtilius reddi, & pluris æstimari.

2 Vnde † aliter intelligit Longouallius in l. Imperium, vt refert, & reprobat Corras. hic, nu. 7. Forcatul. nu. vlt. qui etiam aliter, nec bene intelligunt.

3 Aliter † denique intelligebat ibidem in priuatis Scholijs quidam ex præceptoribus Co-

nimbricensibus, acri ingenio munitus, qui in seta concessit; quod videlicet, propterea in præfatis exemplis non constituitur seruitus, quia non important prædio dominanti vtilitatem eo modo, quo vtilitas requiritur ad validitatem seruitutum. oportet enim (inquit ille) vt ex vsu seruitutis vtilior reddatur fundus, qua fundus est, & vtilitas sit ipsius fundi per se considerati; & ita quamuis prædictæ concessiones vtiles prædio videantur, vt aduertit Corras. d. n. 6. vtilitas tamen illa magis consideratur per relationem ad dominum prædij, quam ad ipsum prædium, quà prædium est. Vnde cum prædictæ concessiones nunquam possint dici vtilitates fundi, quà fundus est; vt cuiquam intuenti patet: nihil mirum, quod simpliciter dicat I. c. hic, in illis seruitutem imponi non posse; & ita etiam innuit Corras. vbi supra, ex quibus refellitur, & merito Forcatul. dicto numero vltimo, vbi putabat, seruitutem realem in prædictis exemplis constitui posse, si expressè fauori & vtilitati prædij dominantis consuleretur; in quo manifestè decipitur, & loquitur contra proximè dicta, & contra mentem I. c. in præsenti.

4 Ceterum † licet hæc vltima interpretatio vera in se sit, & rectè aptetur decisioni I. c. per respectum ad seruitutem realem: non tamen concludit, circa seruitutem personalem: in qua nisi maximè fallor, sola versatur dubitandi ratio: quia vt pomum decerpere liceat, videtur includi vsusfructus, propter amplam pomi significationem, iuxta legẽ qui fundum, 105. ff. de verb. signif. vel saltem vsus: nam spatiari, vsui quodammodo congruit; cenare; habitationi; quod maximè suadet lex si quis vnas, 32. ff. de vsusfructu, & lege competit, 16. §. 1. ibi: *Sed si amœnitas ex huiusmodi arboribus præstetur; poterit dici, & fructuarij interesse propter voluptatem, & gestationem*; &c. ff. quod ui, aut clam. & ita in nostra lege vt pomum, quod seruitus personalis resultare possit, tenuit vetus quidam interpres, quem refert glossa prima ibidem, ad finem, & ex sententia Petri, & Cyni tenet Corras. hic, nu. 10. & in Rubr. nu. 28. qui mouetur per text. in l. mela, §. vltimo, ff. de aliment. & cibar. leg. cum similibus in quibus putat dari seruitutes personales.

5 Verum † refragatur noster I. c. qui non solum dicit, in prædictis exemplis non constitui seruitutem, sed nec posse, vt ita omnis potẽtia tã in personali, quã reali, adempta censeatur, vt expressit gloss. 1. hic in fine; quam sequitur Bart. & cõmunis hic, gloss. & Bart. in d. l. mela, §. vlt. Bald. in Rubr. n. 13. C. de vsufructu. Cõmunem dicit Cępola de seruit. rusticorum, cap. 4. n. 2. Menoch. 6. remed. retinendæ, nu. 45. ex quibus manet text. iste summè difficilis.

6 Pro cuius † ratione aduerte, seruitutes non posse simpliciter constitui ex arbitrio priuatorum, ne facilè contra naturalem libertatem, & liberum commercium, res omnes seruæ fiant; Sæpe namque cum tertijs possessoribus forsan ignorantibus mille quæstiones excitarentur, vnde seruitus odiosa dicitur, l. altius, C. de seruitut. latè Alciat. regula 2. præsumpt. 3. & propterea non præsumitur, Vallasc. de iure emphyt. quæst. vlt. nu. 1. Orosius, in l. 4. nu. 3. ff. de rerum diuis. & magis odiosa, & minus præsumibilis erit realis, quam personalis: illa namque suaptè natura in perpetuum durat, sicut & prædia ipsa, præcipuè rustica, l. 4. ff. de seruitut. l. via, §. si fundus, ff. de seruit. rust. l. 3. ff. quemadmodum seruit. amitt. hæc suapte natura multifariam finitur, §. finitur, Inst. de vsufructu, in princip. Inst. de vsu & habit. Et hinc prouenit, quod strictè à iure seruitutes impositæ interpretantur, & in prædiorum, siue personarum dumtaxat vtilitatem, ita vt inde actualiter, vel potentialiter vtilitas resultet habito respectu ad prædia, vel ad personas, vt satis probat Pompon. I. c. in l. quoties, nec hominum, ff. de seruitut.

7 Vnde † cum pomum decerpere, spatiari, & cenare licere, primò & principaliter voluptatem, non verò vtilitatem importent, vel secundum se, aut in potentia: nihil mirum, qđ in ijs seruitus nullatenus imponi nequeat. nam pomum, licet ea inuoluat, quæ referuntur ab eodem I. c. Paulo in lege qui fundum, 205. ff. de verb. signific. si indefinitè tamen iungatur verbo (*decerpo*,) ius tantum voluptatis inuoluere colligitur: pomum enim decerpere (nisi materia subiecta aliud suadeat, vt in lege fructus, 45. ff. de vsuris,) significat hinc inde manu seligere, & delibare; sicut verbum, (*carpo*) à quo deriuatur, iuxta illud Terentij in Adelphis, ibi: *Unum quodque, quod erit bellissimum, carpam*; &c. quod manifestissimè innuit Iuris consultus in nostra lege pomum, vbi inter voluptuosa exempla, hoc enumerat. Ex quibus colligitur, quod licentia decerpendi pomum, voluptatem, & non vtilitatem importat, & consequenter in ra seruitus constitui nequit. Si tamen prædium alicui tradatur vtendi, fruendi gratia, quod poma fert, censebitur constitutus vsusfructus: nam tunc licentia decerpendi pomum ex materia subiecta, ius fundi respicit. Vel si talis licentia ad quotidianũ victũ concedatur: quia tunc vsus resultabit, iuxta princip. Instit. de vsu. Nec obstabit d. l. vt pomum, dũ denegat seruitutẽ sub hac verborũ forma constitui posse: quia respondetur, id verũ esse in

in terminis, in quibus loquitur, prout simplicem voluptatem importat. At nostra limitatio procedit, quando materia subiecta, & mens contrahentium ad vtilitatem dirigitur.

8 Deinde † *Spatiari*, quis non videt meram voluptatem importare: & licet aliquando ex mala corporis habitudine, sit vtilis illi, cui conceditur: id tamen in consideratione non est ad effectum constituendæ seruitutis: tum quia, cum ille status secundum Philosophos, ac Medicos sit præternaturalis, & ita secundum se breui duraturus, iam non potest dici vtile personæ, qua persona talis est in statu naturali; tū etiam, quia hæc qualisqualis vtilitas, non resultaret ex fundo seruiente tanquam a causa; sed tamquam occasione, & per accidēs; qđ formalitatem seruitutis destrueres videtur.

9 Tandem, † *cenare in alieno*, non inuoluit habitationem, nec ex se aliquam necessitatem, aut inde prouenientem vtilitatem habet: quia vel potest cenare, vbi prandit: vel si diuisi sunt isti actus in locis alienis, ita vt ille, cui conceditur, necesse habeat cenare in alieno; adhuc seruitus resultare nequit, quia ista concessio ex se nullam vtilitatem importat: cum non nisi per respectum ad extrinsecam necessitatem vtilis esse possit.

10 Maneat † itaque, quod in actibus ad simplicem voluptatem pertinentibus seruitus imponi non potest. Nec iam obstant, quæ supra obiecimus, objiciue possunt. Nam in primis opponebatur dicta lex qui fundum, 205. ff. de verb. signif. vbi Iuris consultus multiplicem declarat pomi significationem: & ita qui concedit, pomum decerpere, quodammodo videtur constituere vsumfructum, aut saltem vsum propter amplam potestatem decerpendi ex varijs pomorum generibus. Sed respondetur, verum esse, quod traditur de amplitudine verbi *pomum*; inde tamen necessariò non sequi, factam esse constitutionem vsusfructus, aut vsus, nisi priuatorum conuentio id ostendat. Vnde cum in nostra lege vt pomum, in dubio concessio decerpendi pomum respiciat voluptatem: licet hæc latissima sit, & omnia pomorum genera complectatur; non proinde tamen sufficiens erit ad constitutionem seruitutis; quia latitudo voluptatis vtilitatem non producit: si autem exceptio pomi, de qua in dicta lege qui fundum, fiat ad modnm vsus, tunc resultabit vsus, vt supra tetigimus.

11 Deinde † non obstat lex si quis vnus, 32. ff. de vsufructu: nam omissa solutione Accurtij ibidem, verbo, quod personæ, in fine, & verbo, valet exceptio, in fine, & verbo, vltimo qui putabat in terminis illius text. non resultare seruitutem personalem tam respectu pastionis, quam habitationis: quod tamen est contra literam, dictę legis si quis vnus, ibi: *Valet exceptio, cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur, & habitationis exceptione, siue temporalis, siue vsque ad mortem eius, qui excepit, vsus videtur exceptus.* & quod respectu habitationis vsus resultet, satis insuper probat princip. Instit. de vsu, & habit. & respectu pastionis, vsusfructus surgat; vlterius probatur tum ex generali definitione in princip. Instit. de vsufructu, tum in terminis ex lege pecoris, ff. de seruit. rustic. præd. quæ non recipit cauillationem. Vnde aptius respondetur, propterea in dicta lege si quis vnas, resultasse seruitutes personales, quia exempla de reseruata pastione, & habitatione, directo, & principaliter continent vtilitatem, quæ requiritur ad constitutionem seruitutum. At exempla dictę legis, vt pomum, simplicem voluptatem dumtaxat important.

12 Tertio † non obstat dicta lex competit, 16. §. 1. versiculo, sed si amœnitas, ff. quod ui aut clam. Quia respondetur, non constare ex textu, vsumfructum fuisse principaliter constitutum in amœnitate, nec de eo quæstio erat, sed tantum supponebatur vera vsusfructus constitutio: solaque dubitatio erat, an respectu arborum infructiferarum, quæ vi, aut clam cæduntur; competat interdictum illud? & regulariter domino tantum competere decidit, vt patet, ibi: *Domino dumtaxat competit interdictum*; &c. Quærit amplius, an idem sit dicendum respectu amœnitatis, & voluptatis, quam fructuarius percipiebat ex dictis arboribus? idem respondet: ex regula, quam præmiserat, ibi: *Si modo eorum interest*; &c. & in amœnitate, & voluptate fructuarij interesse considerat I. c. ad puniendam violentā, aut clandestinam arborum cædem, & ad compescendam priuatorum malitiam, & audaciam, quæ in Reipub. perturbationē tendit. Ex quo colligitur, tantum abesse, vt in simplici amœnitate, ac voluptate constituatur vsusfructus: vt immo in ratione dubitandi contrarium innuat I. c. quasi in amœnitate nullum ius, & interesse respectu non domini cōsiderari queat. Vnde pro habilitate terminorum dicto vers. sed amœnitas, resoluendum est, in eodē fundos in quo erant illæ arbores infructiferæ, fuisse vtiliter constitutū vsumfructū; & in consequētiam etiam eidem Iuri cessisse arbores infructiferas quoad amœnitatē, & voluptatē, quod quidē veræ seruitutis cōstitutioni nō obest, cū illud attendatur, quod principale est, iuxta l. 1. vers. prima. n. ratio, ff. de auct. tut. Obiter colliges interesse voluptatis, qn̄ à iure cōsiderer; cuius contrariū regulare est, vt patet ex l. 1. §. sed si rem, vers. & aliàs videamus, ff. si quid in

fraudem patroni. Plura similia cōgerit glossa 1. vbi Doctores in nostra l. vt pomum.

13 Quartò † non obstat l. hoc iure, in princip. ff. de aqua quotid. ibi: *Vel amœnitatis, aqua duci possit*; &c. vbi seruitus aquæ ad solam voluptatem constituitur. Quia respondetur, quod illa met aquæ seruitus saltem in genere secundum se vtilis est: immo, & in illis, in quibus est voluptuosa, potest esse vtilis, si à ducente conuertatur in vsus vtiles: & si forsan prædium id non patiatur, sufficit, quod in genere, & potentia secundum se vtilitatem importet, modo quo requiritur, iuxta supradicta. Nec obstabit, quod ponum decerpere, vel spatiari, aut cenare in alieno, possunt esse vtilia in genere suo: & tamen nostra l. vt pomum, denegat tunc seruitutem resultare posse; quia respondetur, hos actus, quatenus voluptatis causa cōceduntur, vtiles secundum se esse nequire; at aquæ seruitus, licet ad voluptatem constituatur, etiam tunc secundum se vtilis esse potest, si ad vtilia deducatur: & ita voluptatem, & vtilitatem simul, & æquè principaliter producere valet.

Secundum quæ cōciliatur obiter Pompon. in l. quoties nec hominum, cum Labeone in l. ei fundo, ff. de seruitutibus, quatenus ille fine vtilitate inficiatur, hic vero concedit, seruitutem imponi posse, vt videlicet Pomponius regulam ponat: Labeo verò declaret, vtilitatem in genere sufficere ad impositionem seruitutis; si videlicet res illa semper secundum se vtilis esse potest, vt apparet in exemplo aquæ, quod subiungit, & ex ijs, quæ proximè notauimus.

14 Denique † non obstat d. l. mela, §. vlt. ff. de alimentis, & cibar. leg. vbi valet fideicommissum aquæ: Nam in primis respondetur, ibidem non constitui seruitutem, sed obligationem personalem, vt patet ibi: *Vt sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus*; &c. Quibus verbis clarè ostenditur, solam competere actionem ex testamento Bart. ibidem, nu. 1. & reliqui. Quod vt manifestius fiat, & litera istius text. non sat bene aliàs intellecti eluceat, aduerte multas esse seruitutes personales, quæ requirunt vicinum prædium eius, cui debentur, vt variè exemplificat, & probat I. c. in l. ergo, ff. de seruitut. rustic. præd. vt ecce, haustus aquæ, pecoris ad aquam appulsus, & similes; quod pro ratione dubitandi affert Vlp. in d. §. vlt. ibi: *Nec videri inutile esse fideicommissum, quasi seruitute prædij, non possessori vicina possessionis relicta: nam haustus aquæ, vt pecoris ad aquam appulsus, est seruitus personæ, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur*; &c. quasi scilicet, sicut in prædictis seruitutibus personalibus requiritur vicinum prædium eius, cui debentur; ita & in aqua videbatur ibidem per fideicommissum relicta. Cui obiectioni eleganter, ac laconicè respondet ibi: *Hæc enim aqua personæ relinquitur*; hoc est, licet prædicta exempla seruitutem contineant personalem, vtilitatem tamen im important, non respectu personæ, sed respectu rei, vt eleganter innuit gloss. ibidem, verbo, relicta. At aqua, quæ per fideicommissum ibi relinquebatur, soli personæ, & per respectum dumtaxat ad personam relinquebatur, cum ad bibendum venalis esset, vt text. ibidem ponit, & l. 1. supra eodem tit. & ita non seruitus personalis, sed potius obligatio personalis resultat orta à fideicommisso.

15 Deinde † non dubito quin, etiamsi fideicōmissarius, de quo ibi, prædium vicinum non haberet, vsus aquæ dari, aut relinqui ei possit, prout veram personalem seruitutem constituit, cum ex se vtilitatem personæ contineat, præsertim in regione Africæ, & Aegypti, & similibus, vbi aqua venalis est, vt inquit d. §. vlt. & d. l. 1. quam resolutionem comprobat apertè l. vsus aquæ, ff. de vsu, & habit, qui quidem vsus aquæ differt ab haustu aquæ, de quo d. l. ergo, ff. de seruitut. rustic. & d. l. mela, §. vlt. nam solum tendit in personæ indigentiā, iuxta d. l. 1. ff. alimentis, ibi: *Si alimenta fuerint legata, dici potest, etiam aquam legato inesse*; &c. Vbi Bart. nu. 1.

16 Illudque † discriminis esse puto inter vsum aquæ, de quo in d. l. vsus aquæ, & fideicommissum aquæ, de quo in in d. l. mela, §. vlt. nam licet vtrumque sit personæ simpliciter relictum, sub illo continentur vxor, & liberi eius, cui vsus aquæ relinquitur, & ceteræ personæ, quæ enumerantur in §. item is, Inst. de vsu & habit. At sub fideicommisso d. §. vlt. sola continetur persona fideicommissarij, nec vltra egreditur, id enim tantum concedit dispositio testatoris.

17 Ex quibus † hucusque discussis, apparet veritas nostræ interpretationis ad nostram l. vt pomum, vt videlicet in relatis exemplis non versetur realis, aut personalis seruitus, sed tantum quædam obligatio personalis, vt innuit ibidem gloss. 1. in fine, quam Doctores communiter sequuntur, & iuuat d. l. mela, §. vlt. vt supra proximè fuimus interpretati.

SVMMARIVM.

Agitur latè de intellectu l. qui duo, ff. de seruit. rustic. à nu. 1.

Explicatur l. si fundum sub conditione, 81. §. qui fundum, ff. de legatis 1. nu. 2. & 4.

Vtilitas superficiei inducit speciem seruitutis. d. numero 2.

Super-

Superficiariu nullum dominium habere, contra plures obiter defenditur. ibidem.

Obiter notatur differentia inter superficiarium, & fructuarium, siue vsuarium, ibidem, ad fin.

Aqua eius est, in cuius solo emergit, nu. 3.

Qui in venditione fundi aquam excipit, in dubio seruitutem videtur excipere. nu. 4.

Qui à legato fundi ædificium excipit, dominium ædificij videtur excipere, & simul aream. ibidem.

Area est ædificij pars maxima. ibidem.

Quando locus alicui seruit, totum spatium, quod accedit, ad vsum seruitutis, sub iure tantum seruitutis accedit, non dominij. num. 5. & ampliatur num. 6.

Explicatur l. loci corpus, in princip. ff. si seruitus vendic. d. nu. 5.

Quæ sit via latitudo. nu. 7.

Explicatur l. via latitudo, ff. de seruit. rustic. ibidem.

Agitur de intellectu l. nam satis, 5. §. certè, ff. quemadmod. seruit. amitt. à nu. 8.

Si contrahentes latitudinem loci seruientis arctent, & partem fundi scissam liberent; an reliqua pars maneat serua sub ea specie seruitutis, quæ maneuti dimensioni conuenit? proponitur pars negatiua cum Connano, contra quem affirmatiua amplexatur. à nu. 10.

Obiter reijcitur quędam Accursij interpretatio ad d. §. certe, nu. 9.

Explicatur l. si tam angusti, 13. ff. de seruitutibus. num. 10.

Si angusti loci latitudo augeatur à partibus, eo ipso videtur noua constituta seruitus, quæ auctæ latitudini conuenit. ibidem.

Explicatur d. l. nam satis, §. si verò per latitudinem, uers. possunt. nu. 11.

Quando ualeat argumentum ab exclusione unius ad inclusionem alterius. nu. 12.

Explicatur obiter l. is qui usumfructum, ff. quibus modis usufructus amitt. & l. si eo, 9. §. ult. ff. si seruit. ueudic. & l. 2. ff. quemadm. seruitutes amitt. nu. 15.

Qui utitur minore parte seruitutis, totam conseruat, dummodò sciat sibi totam competere. ibidem.

CAPVT XII.

Ad I. c. Paul. in l. qui duo, 30. ff. de seruit. rustic. & ad Celsum in l. nam satis, 5. §. certè, ff. quemadmod. seruitutes amittantur.

1 IVl. Paullus † lib. 4. Epitomatorum Alfeni, ita scribit in d. l. qui duo: *Qui duo prædia habebat, in unius uenditione, aquam, quæ in fundo nascebatur, & circa eam aquam latè decem pedes exceperat, quæsitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat; an ut per eum locum accedere possit? respondi, si ita excepisset, circa eam aquam latè decem pedes, iter dumtaxat uideri uenditoris esse.*

De duobus hic dubitari pôt, quæ à Doctoribus non sat intellecta, aut explicata sunt. Primum, cur spatium illud decem pedum, quoad dominium non expiciatur, vt aliàs in simili deciditur in l. si fundum sub conditione, 81. §. qui fundum, ff. de legatis 1.

Deinde, cur iter hic, & non via videatur excepta, propter l. viæ latitudo, ff. de seruit. rustic. ibi: *Via latitudo ex lege 12. tabul. in porrectum octo pedes habet*; &c. Præsertim, quia non expressa specie seruitutis, ea tunc censetur constituta, cui competit quantitas, & dimensio expressa, vt deciditur in l. si tam angusti, 13. ff. de seruit. vbi communiter notant Doctores.

2 Quod attinet † ad primum quæsitum, opinatur glossa, verbo, cogitasse, in d. l. si fundum sub conditione, 81. §. qui fundum, ff. de legatis 1. quod in nostra l. qui duo, in venditione seruitus tantum aquæ fuerat excepta: & consequenter spatium illud decem pedum, quod postea excipitur, iure seruitutis debeatur, quasi accessorium, glossam sequitur Dinus, & Imola ibidem, Bart. in nostra l. qui duo, & est vbique receptum.

Hæc tamen interpretatio non aperit, cur aqua quoad dominium ratione soli non fuerit excepta: & ita ei opponitur Iulianus, in d. l. si fundum sub conditione, §. qui fundum, vbi legato fundo, si excipiatur ædificium, decidit I. c. ædificium, & solum, cui inhæret, exceptum videri: apertè innuens, dominium ædificij, & soli penes hæredem mansurum, cum tamen potuisset interpretari, solam superficiẽ exceptam videri, vt ibidem ponit I. c. quæ quidem speciem seruitutis constituit, vt often dit I. c. in l. 1. §. quod autem & in rem, ff. de superficiebus, ibi: *Et quasi usumfructum, siue usum quendam inesse*; &c. Nam superficiarius dominium nullum habet in superficie, siue ædificio, vt apertè docet text. in l. vlt. ff. de superficiebus, ibi; *Quorum proprietas & ciuili, & naturali iure, eius est, cuius est solum.* Et eleganter Iulianus, in d. §. qui fundum, ibi: *Si de sola superficie excepetit, nihilominus iure legati totus fundus uindicabitur: sed exceptione doli mali*; &c. vbi legato fundo, excepta sola superficie, adhuc totus fundus cum superficie à legatario peti potest: quia iure soli, cuius dominium legatarius acquirit, etiam dominus superficiei fit, §. ex diuerso, Inst. de rerum diuis. quamuis glossa, prope finem, in l. 3. ff. de seruitut. vtile dominium superficiario tribuat. Idem tradit

Bart.

Bart. in l. 1. §. 1. ante nu. 1. & in l. vlt. ff. de superficiebus, quem refert, & sequitur Vallascus Lusitanus I.c. in tract. de iure Emphyt. quest. 33. nu. 2. nam ratio naturalis, & ciuilis, quam I.c. considerat in d. l. vlt. & in d. §. qui fundum, nullum omninò dominium in superficiario supponit, vt aliàs tetigit Francisc. Connan. lib. 7. Comment. iuris, cap. 12. num. 3. non tamen dicitur simplex fructuarius, aut vsuarius, sed quasi, vt ait d. l. 1. §. quod autem, & in rem, ff. de superficiebus; quia licet superficie, quam in solo conducto exstruit (sic namque superficiarius contractus fit, vt inquit l. vlt. ff. de superficiebus) vt re aliena vtatur: tamen potest ad libitum vti, frui, & quomodolibet mutando ædificij faciem, insuper, & destruendo: cũ & eidem liceat auferre meliorationes finito tempore sui contractus. Alciat. in l. bonorũ, 49. super verbo, superficiaria, ff. de verb. significat. latè ex multis comprobat Vallasc. vbi supra, nu. 11.

3 Ex † quibus colligitur, quod sicut in nostra l. qui duo, interpretamur, exceptionem aquæ respicere dumtaxat seruitutem: ita etiam in d. l. si fundum sub conditione, §. qui fundum, exceptionem ædificij debere intelligi de sola superficie, prout speciem seruitutis refert, vel è conuerso, sicut in d. §. qui fundum, dominium loci exceptum est, ita & in nostra l. qui duo.

Eo maximè, quia etiam respectu aquæ exceptæ, de qua in nostra l. qui duo, poterat dominium considerari; cum aqua eius sit, in cuius solo emergit; sicut ædificium eius sit, cuius solo imponitur. De aqua probat l. Proculus, ff. de damno infecto. l. si in meo, ff. de aqua pluuia arcenda. Bald. in l. cum omnes, vers. pone ex publico, extra, de constit. Alex. in cons. 108. In causa & lite, in princip. lib. 2. latè Decius, cons. 373. a nu. 2.

4 His † tamen non obstantibus, suprapolita communis interpretatio sustineri debet, & pro ea breuiter aduerte, quod ille, qui aquam excipit in venditione fundi, ipsi fundo aquam in dubio non adimit; quia hoc plurimum fundo nocet: nec adimere aliquando potest, quãdo naturaliter fluit: vnde in dubio tale quid præsumendum non est: & ita prædicta aquæ exceptio ius tantum seruitutis respicit. Per contrarium, qui in venditione fundi ædificium excipit, siue superficiem tunc intelligamus, siue plenum ius soli, semper illud ædificium ab vsu, & commoditate fundi, secernitur, vt inquit d. l. si fundum sub conditione, §. qui fundum, ibi: *Sed exceptione doli mali posita, consequetur heres id, ut sibi habitare in uilla liceat*; &c. Atque ita cum parum differat à pleno iure dominij, interpretatur I.c. in d. §. qui fundum, ædificium censeri exceptum cum solo, sine quo stare nequit: præsertim, quia ædificij pars, & quidem maxima est ipsa area, siue solum, l. qui res, §. aream, vers. pars enim, ff. de solutionibus. Atque ita, qui legat ædificium, totum legare creditur ex quo componitur; vt à fortiori comprobat l. Mæuius, 66. §. fundo, vers. vsusfructus enim, ff. de legatis 2. §. si cui fundus, Inst. de legatis; quorum interpretationem alibi Deo duce feliciter proponemus, & suadet d. §. qui fundum, in fine, ibi: *Sine quo ædificium stare non potest*; &c.

5 Aduerte † deinde, quod quando alicui locus quispiam seruit, spatium ambiens, vel circumpositum, nunquam in dubio iure dominij debetur: ne videlicet melioris conditionis sit id, quod accedit, quam quod principaliter excipitur; eleganter docet Vlp. in l. loci corpus, ff. si seruitus vendicetur, vbi inquit: *Loci corpus non est dominy ipsius, cui seruitus debetur: sed ius eundi habet*; Quasi dicat, loci seruientis corpus (hoc est, totum illud spatium, quod cõponit, & perficit locum seruientem, sicut in corpore membra) non pertinet ad dominium eius, qui seruitutem loci habet, patietur tamẽ ius itineris, ne seruitus principalis inutilis permaneat; immò, & aliquando, actum, prout principalis seruitus excepta poposcerit, vt inquit I.c. in d. §. qui fundum, ibi: *In quo inerit, ut iter quoque, & actum in ea habeat*; &c.

6 Quod amplia † vt etiamsi expressim excipiatur corpus illud, siue spatium adiacens, adhuc non iure dominij, sed seruitutis exceptum censeatur, ex supra proxima ratione: quia peculiaris exceptio prædicti spatij nõ facit, quominus id accessionis vice non debeatur ex mẽte partium, quod peculiariter docuit I.c. in nostra l. qui duo, ibi: *Respondi, si ita excepisset circa eam aquam latè decem pedes, iter dumtaxat uideri uenditoris esse*. Quasi velit, si mens partium est, excipere spatium aliquod circa locum seruitutis, tale spatium non iure dominij, sed seruitutis ad excipientem pertinebit.

7 Transeamus † ad secundum quæsitum, cur videlicet I. c. dicat sub dimensione decem pedum circa aquam, iter videri exceptum, & nõ viam? cui obstat d. l. uiæ latitudo, ff. eodem tit. Respondeo I. c. in relatis uerbis non institisse in demonstranda hac, uel illa seruitutis specie excepta: sed potius totum esse in ostendendo, propositam ibidem exceptionem, non iure dominij, sed seruitutis fieri, vt ni fallor, sentit gloss. ultima ibidem, dum ita interpretatur: *Iter dumtaxat, non dominium*; &c. & cum regulariter, qui excipit aquam, solum iter excipiat, ut uidelicet seruitute utatur: merito inquit text. noster, iter tantum censeri exceptum. Nec officit mentio decem pedum; quia non operatur circa latitudinem itineris (nec

(nec enim resoluit I.c. iter manere sub tali dimensione) sed immò supponit, manere seruitutem itineris ad dictam aquam sub debita dimensione: insinuat latitudinem decem pedum circa aquam: quæ quidem latitudo circa aquam, non est itineris (prout constituit seruitutem) sed accessus, patet ibi: *An, ut per eum locum accedere possit?* &c. vt videlicet spatio decem pedum in circuitum possit ad aquam accedi: nam & latitudo viæ non erat decem pedum, sed octo in porrectum, sedecim in anfractum, d.l. viæ latitudo. Tunc autem ex varia latitudine ostendetur varietas seruitutum, quando ipsa latitudo, & dimensio consideratur vel in porrectum, vel in anfractum, dum tenditur in locum seruientem; non verò circa locum: quia hæc potius ad commodiorem vsum seruitutis, quam ad diuersificandam seruitutis speciem assumitur: præcipuè, quia latitudo, de qua in d.l. viæ, tunc ostendit viam, quando aliud à partibus expressum non est: nam illa vel angustior vel amplior fieri potest, vt explicat I.c. in l. nam satis, 5. §. certe, & ibi gloss. verbo, lege, ff. quemadmodum seruitutes amitt. de qua infra proximè latius agendum est.

Ad I.c. Celsum, in l. nam satis, §. certe, ff. quemadmod. seruit. &c.

8 VBi scribit. † *Certè, si is cui seruitus debebatur, alterum ex ea diuisione fundum redemerit; non ideo minus ea re fundi alterius seruitus permanebit, nec uideo, quid absurdi consecuturum sit eam sententiam, fundo altero manente seruo: si modo, & ab initio potuit angustior constitui uia; quam lege finita est: & adhuc id loci superest in eo fundo, cui remissa seruitus non est: ut sufficiat uia, quod si minus loci superest, quam uia sufficiat: uterque fundus liberabitur: alter propter redemptionem, alter, quia per eum locum, qui superest, uia constitui non potest.*

Quærit Celsus, si seruitus viæ alicui debeatur in certo fundo, & pars fundi redimatur ab eo, cui seruiebat; diuidaturque per latitudinem viæ: an expiret seruitus viæ? cui sub distinctione satisfacit, & in vers. quod si minus, indistinctè decidit, seruitutem omnino extingui, cuius argumento resoluit Francisc. Connan. lib. 4. Comment. iuris, cap. 12. nu. 2. quod si partes dimensionem, & latitudinem loci seruientis arctent, v.g. scindendo fundum per latitudinem seruitutis, & partem fundi scissam liberent: in dubio fundum omnem liberari: nec restare eam seruitutem, quæ conuenit dimensioni, & latitudini manenti: quod si partes id velint, oportere, vt id exprimant.

Regulæ autem in contrarium obiectæ ex l. si tam angusti, 13. ff. de seruitutibus, quæ eam seruitutem in dubio constitutam asserit, cui dimensio, & latitudo loci conuenit. Respondet Connan. vbi proximè, vt scilicet intelligatur de seruitute nondum constituta.

9 Ceterum, Connnani † opinio videtur oppugnari ab Accurt. in nostro §. certe, verbo, liberabitur, dum resoluit, fundum, qui non fuit redemptus in terminis d. text. liberari dumtaxat, quoad commodum viæ, de qua ibi agebatur.

Accurtij tamen interpretatio ad nostrum text. sustineri nequit, in primis, propter Rubricá, sub qua collocatur, quæ de amittenda seruitute inscribitur, præcipuè, & magis in specie ex verbis I. c. in d. vers. quod si minus, vbi vtrumq; fundum effectualiter liberari docet: non autem diceretur liberatus vterque fundus, si adhuc in alterutro quælibet seruitutis species remaneret.

10 Nihilominus † ex mente Accurtij, opinor in terminis propositæ quæstionis (quam supra relatus Connanus excitauit, & resoluit) in dubio manere seruitutem, quæ accommodatur, & conuenit dimensioni, & latitudini, quæ ex pristina seruitute remansit in fundo non liberato.

Et moueor in primis ex generalitate d.l. si tam angusti, quæ æquè militat, constituta iã seruitute, vel constituenda: nam quando partes seruitutis iam constitutæ latitudinem restringunt, videntur principaliter recedere ab antiqua constitutione: & cum non simpliciter, & in solidum remittant, in necessariam consequentiam tacite videntur agere de noua constituenda: & ita succedet regula d.l. si tam angusti, (quamuis illam cum Connano supra relato, in terminis tantum constituendæ seruitutis locum sortiri resoluamus) sicut è conuerso, si angusti loci seruientis dimensio, & latitudo augeatur ex conuentione partium; eo ipso censeri de nouo constitutam eam seruitutẽ, quæ auctæ dimensioni conuenit, nemo inficiabitur: quasi ab antiqua omninò recessum fuerit.

11 Deinde id † comprobo ex nostro textu, in §. si verò per latitudinem, ibi: *Possunt tamen alterutrum fundum liberare, si modo hoc specialiter conuenit*; &c. vbi fundo seruiente diuiso per latitudinem viæ, propter vsum partis diuisæ vniuersum seruitutis ius retineri decidit I.c. quia indiuiduum est: tunc autem alterutrum fundum liberari, si hoc specialiter conuenerit, cum ergo ad liberandum vnum requirat specialem conuentionem; non ita, vt alter ser

uus

uus maneat: rectè sequitur, in dubio partes per specialem liberationem latitudini seruitutis aliquid detrahendo, tacitè conuenire de remansura seruitute, quæ superstiti dimensioni conuenit.

12 Et certè de † mente partium dubitare non licet: cum æque principaliter tam agant de re mittenda, quam de conseruanda seruitute, modo, quo potuerint, solaque differentia est, quod in remissione datur expressa conuentio: tacita verò in conseruatione: vtriusque tamē par robur est, iuxta vulgarem regulam l. cum quid, ff. si cert. pet. præcipuè, quia exclusio partis à toto manifestam continet conseruationem eius, quod non excluditur, argumento l. cum prætor, in princip. ff. de iudiciis, quę in his terminis militat: aliàs ab exclusione vnius non rectè argueretur ad inclusionem alterius, vt notat Decius, cons. 11. nu. 18.

13 Restat modo † obiecta diluere; & in primis pro solutione text. nostri in d. §. certe, vers. quod si minus loci, facienda est longa differentia inter casum, quo partes agunt de liberando alterutro fundo à diuisa seruitutis latitudine, & casum, in quo habens seruitutem in vtroque simul, alterum emit, sic diuidendo latitudinem antiquæ seruitutis.

In primo casu procedit nostra resolutio, & text. noster in d. §. si verò per latitudinem, vers. possunt, & d. l. si tam angusti, quasi peculiaris liberatio a certa parte seruitutis, tacitè arguat conseruationem cuiusque seruitutis in fundo non liberato, quod pro cauto haberi debet.

14 In secundò † verò casu procedit text. noster, in vers. quod si minus loci: nam ille, qui alterum fundum emit, nihil facit, ex quo colligatur particularis partium voluntas circa retentionem cuiusuis seruitutis in latitudine remanente. Etenim dum simpliciter emit; nil aliud velle præsumitur, quàm pristinā seruitutem retinere, si potest, quod cum fieri nequeat propter repugnantiam iuris, sibi imputet, quod prius non cauit de specie seruitutis, quæ in altero fundo manere poterat. Atque ita in his terminis seruitus in totum peribit, quia vt talis pro parte sustineri non poterat: & circa possibilem, nihil tacitum à partibus colligitur.

15 Tandem † non obstat l. is qui vsumfructū, ff. quibus modis vsusfr. amitt. l. si eo, 9. §. vlt. ff. si seruitus vendic. l. 2. ff. quemadmod. seruitut. amitt. vbi quando quis minore parte seruitutis, vel diuerso modo vtitur; non propterea seruitus immutatur; quasi semel constituta, vel in totum debeat corruere, vel in totum sustineri: nam omissa insulsa conciliatione glossę, verbo, liberabitur, in nostro §. certe, respondetur, propterea in dictis iuribus non immutari seruitutem ex diuersitate vtendi, quia cum indiuiduum sit ius seruitutis, tunc modus vtendi, vt qualitas, nihil valet immutare, præcipuè, quia vt aiunt præcitata iura, qui tali modo vtitur, non facit actum amittendi, sed potius conseruandi seruitutem (seruata tamē distinctione d. l. is qui vsumfructum.) at qui liberat partem dumtaxat fundi, facit actum amittendi in parte liberata; & in alia fundi parte eam nititur seruitutis speciem conseruare, quæ apta est latitudini manenti iuxta supradicta.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu §. an seruo, Inst. de legatis, à nu. 1. per totum, & præcipuè, a nu. 5.

Si serui optione legata, aliquid Sticho seruo proprio sine libertate legetur, instituto hærede extraneo, & minuta familia seruorum reciderit in solum illum Stichum: ad legatarium optionis pertinebit & Stichus, & id quod Sticho relictum est. nu. 1. de quo latius, à nu. 16.

Regula Catoniana quid disposuerit, & quando locum habeat nu. 3.

Quando instituto hærede voluntario locum habeat Catoniana. nu. 4.

Calumniosa dilatio adeundi non prodest hæredi. nu. 5. & nu. præced.

Si instituatur hæres, & eius seruo pure legetur; legatum inutile est. d. nu. 5.

Si scribatur hæres seruus alienus, & eius domino etiā purè legetur, valet legatum. nu. 6.

Serui instituti voluntas in adeunda hæreditate omninò requiritur. ibidem.

Si quis hæres scribatur sub conditione, & eiusdem seruo pure legetur, non est inutile legatum. nu. 7.

Si duo voluntarij hæredes scribantur, & vnius seruo purè aliquid legetur, valet legatum pro parte cohæredis. nu. 8.

Legatum relictum seruo eius, qui hæres scribitur, toties, & in tantum valet, quoties, & in quantum valeret eidem hęredi domino relictum. ibidem.

Noster §. an seruo, in princip. vt simpliciter procedat, requirit, vt dominus serui legatarij scribatur hæres ex asse. ibidem.

Legatum etiam purè relictum seruo eius, qui cohæres scribitur in eodem testamento, vel primo loco instituitur, & postea repudiat, valet in solidum. num. 9.

Cohæredi repudianti hæreditatem, id quod prælegatum ei est, in solidum debetur. ibidem.

Regula Catoniana cessat quoties termini variantur, sub quibus antea legatum inutile erat. nu. 10.

Explicatur l. filio, 87. ff. de legatis 1. num. 11. & seq.

Suus

Suus hæres propter ius abstensionis manet voluntarius. ibidem.

Si purè legetur seruo sui hæredis scripti, abstinente suo hærede, sustinetur legatum. d. nu. 11. & declara. nu. 12.

Noster §. an seruo, non procedit, quando dantur conjectura, quod seruo reseruetur legatum in tempus, quo sui iuris fuerit. nu. 13.

Inutiliter legatur filiofamil. quando pater est hæres institutus in eodem testamento. nu. 14. quod declaratur nu. 15.

Explicatur l. cum legato, 17. ff. quando dies leg. & l. à filio, 25. ff. de legatis 1. d. nu. 14.

Explicatur l. quæsitum, 91. in princip. ff. de legatis 1. num. 15.

Latè explicatur l. si optio, 13. ff. de optione legata, à nu. 16. & uers. quod si necessarius, in eadem l. explicatur à nu. 20.

Explicatur d. l. quæsitum, §. 1. ex ijs, quæ traduntur à nu. 16.

Optio, & electio cessat, quando res, ex quibus facienda ėrat electio, ad vnam rediguntur. d. numero 16.

Explicatur l. seruo sine, 15. ff. de optione leg. numero 18.

Legata optione, si electio à legatario fit, id à testatore specialiter censetur legatum, quod eligitur. ibidem.

Optio legata non potest exerceri nisi adita hæreditate. ibidem.

Explicatur d. l. quæsitum, §. 1. ibi; Necessario autem ex asse scripto. *ff. de legatis 1. numero 20.*

Explicatur mens d. l. si optio, uers. quod si necessarius, & d. l. quæsitum, §. 1. uers. necessaro, dum necessarij hæredi meminere. nu. 22.

Explicatur l. Iulianus. 86. §. ult. ff. de legatis 1. numero 23.

CAPVT XIIII.

Ad Cæsarem, in §. an seruo, Inst. de legatis.

1 SCribit Iustinianus; † *An seruo hæredis rectè legemus, quæritur? & constat purè inutiliter legari: nec quicquam proficere, si uiuo testatore de potestate hæredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator; hoc non debet ideo ualere, quia diutius testator uixerit;* &c.

Huic Cæsareo documento fortiter obstat, quod hæres extraneus, quando instituitur, potest quandocunque adire, & consequenter interim manumittere, vel alienare seruum, cui purè legatum erat: atque ita non debebat ex regula Catoniana hoc legatum inutile esse, quod mirabiliter comprobo ex I. c. Paul. in l. si optio, 13. ff. de optione legata, vbi ita inquit: *Si optio serui data mihi fuerit; & Sticho aliquid testator sine libertate legasset, tunc sequens legatũ consistit, cum tota familia ad unum, id est, Stichũ reciderit: ut quasi purè legato utiliter sit legatum. Nec aduersatur Catoniana, si voluntarius hæres institutus sit: quia potest ante aditam hæreditatẽ, etiamsi statim decesserit, familia minui. Quod si necessarius hæres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est.* &c. Ex quo textu colligitur, quod ad effectum, vt habeat, vel non habeat locum regula Catoniana, solũ attenditur, quisnam hæres sit institutus, necessarius ne, an voluntarius: quasi extraneo instituto, legatum valeat, si ante aditam hæreditatem habilitas possit contingere, ergo contra Imp.

2 Deinde pro † eadem parte refragatur Iulianus, in l. quæsitum, 91. §. 1. ff. de legatis 1. vbi ita scribit; *Cum verò libertas sub conditione data fuerit; aliàs vtiliter, aliàs inutiliter, purè legabitur; nam si ea conditio libertatis fuerit, vt patresfam. statim mortuo possit ante aditam hæreditatem existere conditio: uelut, Stichus si decem Titio dederit, uel Capitolium ascẽderit, liber esto; vtile legatum est. Huiusmodi autem conditiones, si hæredi decem dederit; si post aditam hæreditatem, Capitolium ascenderit; inutile legatum efficiunt. Necessariò autem ex asse hærede scripto, etiam hæ conditiones, quæ ante aditam hæreditatẽ impleri possunt, inutile legatum efficient;* &c. Cõcordat Marcianus in l. Iulianus, 86. §. vlt. ff. de condit. & demonstr. Ex quibus constat, instituto hærede extraneo, non habere locum Catonianam propter dilationem aditionis: Catoniana autem ea in posterum annullat, quæ si statim moreretur testator, inutilia essent, l. 1. ff. de regula Catoniana. & Imp. in præsenti. Ergo cum in nostro §. an seruo, ante aditam hæreditatem seruus possit alienari, aut manumitti, recte illi legatum est: tuncque euanescet legatum, si in potestate hæredis manserit, iuxta vers. vlt. nostri §. an seruo.

3 Pro resolutione † harum difficultatem aduerte, Regulam Catonianam illas dumtaxat testamentarias dispositiones inutiles omninò reddidisse, quæ si testamenti facti tempore decessisset testator, non valerent, tradit I. c. Celsus, in l. 1. ff. de regula Catoniana. Paul. in l. cetera, §. tractari, ff. de legatis 1. idem Paulus, in l. quod ab initio, 30. ff. de regulis iuris.

Illud autem dicitur non valere tempore facti testamenti, si tũc testator moreretur, quod simpli-

simpliciter nō tenet ex dispositione iuris; quia scilicet statim dies cederet: vt ecce, si suus, vel necessarius existit, qui ipso iure, & velint nolint, fiunt hæredes, l. in suis, ff. de suis & legitim. §. 1. & §. necessarij, Inst. de hæred. qualit. & differ. & in terminis Catonianæ probat d. l. si optio, ff. de opt. legata, d. l. quæsitum, §. 1. ff. de legatis 1. & d. l. Iulianus, §. vlt. ad finem, ff. de cond. & demonstr. nam eo ipso, quo testator moritur, statim testamentum per existentiam sui, & necessarij hæredis ratum est, de quo late egimus lib. 1. cap. 13. & quod tunc validum non est, sed inutile, solo tēporis tractu conualescere nō debet.

4 Ex eadem † iuris dispositione, aliquando etiam locum habet Catoniana regula, quamuis hæres extraneus sit institutus (quo casu regulariter illa cessabat, cum dispositio suspendatur vsque ad actualem eius aditionem) ne ex malitia sua commodum reportet differendo aditionem, cum statim mortuo testatore nuda voluntate possit hæreditatem adire, §. vlt. Inst. de hæred. qualit. vt in simili docet Vlp. in l. hæredis aditio, 7. in princip. ff. quando dies legati, & quod ita debeat declarari Catoniana, tradit Francisc. Connan. lib. 10. Comment. iuris, cap. 5. nu. vlt.

5 Quibus sic † breuiter præhabitis, iam patet intellectus ad nostrum §. an seruo, & conciliatio ad supra obiecta iura: nam propterea Imp. hic dicit ex Catoniana non valere legatum purè relictum seruo hæredis etiam extranei, quia præsumptione iuris, si tempore facti testamenti testator moreretur, vt poterat hæres actutum nuda voluntate adire, & legatum inutile apparebat, ne sibi à seipso legaretur. Quod si aditionem vult differre, ad effectum, vt vendito seruo legatario, & serui, & legati pretium consequatur, ob idque locus fiat in alijs legatis legi Falcidiæ conseruato legato serui (contra l. a filio, 25. in fine, iuncta gloss. ibidem, ff. de legatis 1.) noluit ius, vt hęc calumnia ipsa dilatio prodesset hæredi, iuxta supradicta.

6 Nec rectè † obijciet, qui dixerit, quod si hæc ratio vera esset, idem etiam euinceret in casu, quo seruus hæres instituitur, & domino pure legatur: quasi scilicet calumniose differat dominus legatarius iussum, quo eius seruus adire debet; quod tamen denegat Imp. in præsenti, in vers. ex diuerso. Respondetur enim, longam dari in vtroque casu differentiam; nam in primo, sola voluntate adire potest, & ideo celari nequit calumnia, dum differt. At in secundo casu, quin concurrat voluntas serui instituti, non sufficit sola domini, vt expressit Imp. in l. 3. C. de hæredib. instit. ibi; *Potuit enim quamuis iubente domino nolle adire*; &c. & ibidem notat glossa, verbo, potuit, & communiter Doctores; vnde nihil tunc imputatur domino legatario, cum aditio non pendeat simpliciter ab eius voluntate.

7 Nostrum † §. an seruo, in princip. sic explicatum declara in primis non procedere, quando dominus serui legatarij instituitur sub conditione: nam tunc cum pendente conditione hæreditatem adire nequeat, calumniose non censetur differre: & ideo interim potest seruum legatarium vel alienare, vel manumittere; & locum non habebit regula Catoniana à cessante ratione huius text. facit l. cetera, 41. §. tractari, ff. de legatis 1. Bart. & glossa, in l. penult. per text. ibi, ff. de regula Catoniana, vbi nostram declarationem in terminis ponūt; quorum sententia verissima est: quamuis ab ipsorum interpretatione ad d. l. penult. recedamus cum Cuiac. lib. 4. Obseruat. cap. 4.

8 Declara † secundò, d. §. an seruo, non procedere dato cohærede extraneo; nam tunc legatum purè relictum seruo vnius ex hęredibus manebit, vt prælegatum; & pro parte, quæ respicit dominum serui, inutile est, ex regula Catoniana, ne aliquid a seipso sibi debeatur; pro parte verò cohæredis valet: tum quia cessat regula Catoniana, iuxta ea quæ præmisimus, tum etiam, quia id debet valere in persona serui, quod valeret in persona domini, si eidem relinqueretur, etiamsi hæres esset institutus l. si mihi, 12. §. regula, ff. de legatis 1. cū similibus: vnde vt text. in nostro § an seruo, in princip. simpliciter, & absolutè procedat, requiritur, quod dominus serui legatarij instituatur solus hæres, ac purè.

9 Declara † tertiò, non procedere, quando dato cohærede, vel substituto, dominus cohęres, vel primò institutus hæreditatem repudiat: nam tunc totum legatum relictum seruo proprio consequitur; non obstante Imp. in præsenti. Ratio est: quia respectu cohæredis valet argumentum à legato relicto seruo, ad idem legatum relictum domino, vt probauimus. Constat autem prælegatum relictum vni ex cohæredibus non obstante Catoniana regula ad illum in solidum pertinere, qui hæreditatem repudiat, vt probat Iulianus, in l. & quidem, 18. iuncto §. vlt. legis præcedentis, ff. de legatis 1. vbi omnes notant, ergo, &c.

10 Respectu † verò substituti, probat ratio l. e. in l. licet Imperator, 74. ff. de legatis 1, vbi legatum datum ab instituto, censetur repetitum à substituto, quo casu valeret, si alicuius, qui hæres non esset, seruo legaretur; institutus autem repudians omninò non hæres manet, ita resoluit Balduinus, in præsenti, num. vlt. nec tunc obstabit regula Catoniana: quia illa locum habet sub conditione quadam resolutiua ni vi-

si videlicet termini varientur, illis namque variatis, obseruabitur quod tunc fuerit a iure dispositum.

Nec replices etiam hærede instituto suo, vel necessario, si emancipetur, aut manumittatur, (cum possint tanquam extranei quandocunque adire) regulam Catonianam cessare, quæ antea habebat locum illis in potestate constitutis, vt inquit d. l. si optio, ff. de optione legata, d. l. quæsitum, 91. §. 1. ff. de legatis l. 1. Iulianus, 86. §. vlt. ff. de cond. & demonstrat. Etenim respondetur in his terminis nullam posse subintelligi conditionem resolutiuam, sed totum pendere à casu fortuito super ueniente: At qui dedit cohæredem, vel substitutum omnia prouidit: & ita secundum illius mentem, & prouisionem Regula Catoniana disposuit: atque ita nil mirum, quod uariatis terminis ex mente testatoris, varietur etiam iuris dispositio.

11 Insuper, licet † fateamur hærede instituto suo, vel necessario, si postea emancipetur, vel manumittatur, cessare regulam Catonianam, quasi etiam in his terminis militet resolutiua conditio tacita de qua supra, nihil inciuile dicemus, cum aliàs dicat excellens Papinianus in lege filio, 87. ff. de legatis primo, si legetur filio in potestate pro parte hæredi instituto, qui postea hæreditate paterna abstinuit, durissimum esse illi denegari legati petitionem. Et reddit rationem ibi: *Non enim inpugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotijs hæreditarijs implicari*; quasi dicat, quando agimus de abstensione, siue repudiatione hereditatis, cum cesset Regula Catoniana, etiam in suo hærede: solum illud quærimus, an legatum petere posit ille, qui abstinendo videtur iudicium impugnare, dum deserit immixtionem. Quod tamen negat Papin. quia potuit iustis de causis se negotijs hæreditarijs explicare. Eo maximè, quia tunc patris hæreditas potuit à cohærede adiri, & iudicium sustineri, iuxta l. ita tamen, 27. §. qui suspectam; ff. ad S. c. Trebell. l. quæsitum, 40. in fine, ff. de acquir. hæred. Accedit, quia sicut extraneo repudianti petitio legati competit, d. l. qui filiabus, 17. §. vlt. cum l. sequenti. ff. de legatis 1. & prætor propter ius abstensionis redigat suum hæredem ad conditionem voluntarij, vt in specie docet Iulianus in l. nam nec. 89. ff. de legatis 1. nil mirum, quod legatum petere possit; vnde in terminis d. l. filio, si seruo eius purè legetur, pro parte cohæredis semper sustinebitur legatum, iuxta ea, quæ supra diximus in secunda declaratione; in solidum verò, si filius ille hæres (quem dominum serui legatarij esse supponimus) abstineat patris hæreditate, iuxta ea, quæ in tertia declaratione, de repudiatione diximus. Nec tunc obstat regula Catoniana; quia nos non dicimus te conualescere, quod simpliciter nullum erat, si statim testator decederet, sed potius dicimus cessare in hoc casu dictam regulam; quasi sub conditione quadam resolutiua à principio hic, & similes casus à tali regula subducantur.

12 Id autem † quod diximus in d. l. filio, ff. de legatis primo, tam circa filij personam, quam serui eiusdem filij; declara ne procedat, si cohæres institutus est etiam eiusdem testatoris filius, vt exprimit idē Papin. in l. quid ergo, 90. §. vlt. ff. de legatis primo. Ratio differentiæ est in promptu: quia tunc iniquum est, vt in onus fratrum cohæredum abstineat filius, & vel per suam personam, vel mediante seruo consequatur id, quod de rigore iuris nullum erat. Vnde, cum in his terminis cessat æquitas Prætoria, quæ illum abstinere permisit sine incommodo reliquorum fratrum coheredum, sine dubio succedit dispositio regulæ Catonianæ, quasi quoad non varientur termini, licet filius abstineat.

13 Declara † tandem text. nostrum in §. an seruo, non procedere, quando dantur coniecturæ voluntatis testatoris, qui voluit, vt legatū illud vel fideicommissum pertineat ad ipsum seruum, quandocunque scilicet sui iuris fuerit effectus: nam tunc quasi tacita conditione ex testamento inhærente cessat Regula Catoniana, iuxta nostrum §. an seruo, vers. sub conditione verò; & facit pro hac resolutione text. in l. vbi purè, 19. in princip. ff. ad S. c. Trebell.

14 Colligitur † deinde principaliter text. nostrum procedere etiam respectu filij: nam si patre instituto hærede, eius filio pure legetur, inutile legatum est, ex ratione nostri text. sentitque Iulianus in l. cum legato, 17. ad fin. ff. quando dies legati. & Iul. Paul. in l. à filio, 25. ff. de legatis primo: nam ille dicit valere legatum patri purè relictum, quando filius institutus est; sicut etiam diximus, legari domino posse, quando seruus institutus est; quasi secus fit è conuerso, & quidem hanc illationem probat glossa vltima, ad finem. Similiter disponitur in d. l. à filio, tradit Balduinus in nostro §. an seruo nu. 8. vnde omnes declarationes, quas supra apposuimus respectu serui, repetitæ censeantur respectu filij famil.

15 Hanc † tamen illationem declara non procedere, quando tam hæres institutus, quam eius filius, cui purè legatum est, sunt in potestate aui: nam tunc licet pure sit filio legatum patre hæredi instituto, tamen cessat dispositio nostri §. vt disertè docet Iulianus in lege quæsitum, §. 91. in princip. ff. de legatis 1.

Ratio est: quia legatum tunc filio relictum, cū auo acquiratur, cuius in potestate est, iuxta l. placet, ff. de acquir. hæred. ipsi auo (qui pater hæredis est) videtur legatum, ac consequēter valet iuxta nostrum §. an seruo, vers. ex diuerso: sicut etiam valet legatum relictum fratri, vel seruo, qui sub eiusdem potestate sunt, sub qua est hæres, vt dicitur in d.l. quæsitum. Vnde illud emolumentum orietur, quod si viuo, vel etiam mortuo testatore ante aditam hæreditatem, nepos ille (filius hæredis instituti) cui purè legatum est, fuerit ab auo emancipatus, legatum sibi acquiret. Si vero auus moriatur ante aditam hæreditatem, recadente tunc nepote in potestatem patris §. 1. Inst. quibus modis ius patriæ potest. legatum omninò euanescet, locum sortiente repugnantia iuris, ne scilicet in vna, eademque persona, & emolumentum legati, & obligatio iuris concurrat, contra I.c. in d.l. cum legato, 17. ff. quando dies legati ced. & nostrum §. an seruo, & d. l. a filio. ff. de legatis 1.

16 Colligitur † tertiò principaliter intellectus ad d.l. si optio, 13. ff. de optione legata, vbi propterea cessat Catoniana (instituto hærede extraneo) quia licet statim decederet testator, non proinde tamen statim euanescebat legatum seruo proprio sine libertate relictum: quia, non sequitur hæredem extraneum de iure statim adire debere, immò potest aditionē differre, iuxta ea, quæ præmisimus; & interim poterat familia minui, ita vt ille seruus, cui sine libertate legatum erat, non quidem sub optione contineretur (electio enim cessat in vno, l. vtrum, 9. & ibidem gloss. ff. de assignand. libert.) sed quasi purè & specialiter in legato contineatur; & consequenter teneat illud, quod eidem seruo relictum erat. Atque ita in legato sequenti cessabat Catoniana.

17 Secus autem † esse dicit I.c. in d.l. si optio, si necessarius existat hæres: nam cum eo ipso, quo testator decedit, ille ex dispositione iuris iam sit hæres, manet omninò inutile sequens legatum: quia sicut optione legata, & electo seruo, cui aliquid sine libertate relictum est, tale relictum non venit, l. seruo sine, 15. ff. de optione legata: ita instituto necessario hærede, qui si statim decessisset testator, ipso iure hæres esset, quo tempore seruilis familia plena erat, si electio tunc fieret in seruo illo, cui sine libertate legatum erat, tale legatum non veniret, iuxta d.l. seruo sine, ergo ex Catoniana non conualesceret, licet ex post facto familia minuatur, etiam in vita testatoris, ita vt ille tantum seruus in ea maneat.

18 Sed illud † hic manet scrupulus ortus ex d. l. seruo sine: nam constat in optionis legato, facta electione illud censeri à testatore legatū, quod legatarius optat, l. si optio, 13. vers. vt quasi, ff. de opt. legata, cum similibus: ergo si testator legat optionem ex seruis, & vni ex eis legat sine libertate, si iste seruus eligatur, quasi à principio specialiter legatus, sequēs quoque legatum debet secum ferre ad legatarium optionis, quod tamen inficiatur Iauolenus in d. l. seruo sine. Verum licet exinde oriretur dubitandi ratio ad d.l. seruo sine, contrarium tamen merito ibidem deciditur; quia cum electio non possit fieri nisi adita iam hæreditate, vt expressit I.c. Clemens, in l. optione, 16. ff. de opt. legat. quo tempore legatum relictū seruo sine libertate, omnino euanescebat, vtpote quia non dabatur subiectum, nec aliqua dispositio, cui inniteretur, iuxta l. quæsitum, 91. §. 1. ff. de legatis 1. vnde optio superueniēs, iam inuenit extinctum sequens legatum, & consequēter cessat habilitas in extremo à quo dicta fictio debet incipere, & hæc est mens Iauoleni in d.l. seruo sine, & Iuliani in l. si eros, 11. ff. eodem tit. de opt. legata.

19 Manet igitur † ex dictis, quod si legetur optio seruorum, & vni ex seruis sine libertate legetur, etiam hoc sequens legatum legatario optionis debebitur, si instituto hærede extraneo tota familia seruorum ad illum seruum recidat, dicta lege si optio, quod intellige, si hæc familiæ diminutio viuo testatore contingat (quod de plano procedit) siue etiam iacente hæreditate; ex eo quia tunc temporis executio vltimarum voluntatum est in suspenso, & ideo tunc minuta familia (ita vt ille tantum seruus maneat, cui sine libertate relictum erat legatum) merito eidem seruo tanquam purè, & specialiter legato, cohæret sequens legatum; & vtrumque debebitur legatario, qui ab initio fuerat optionis. Quam expositionem satis innuit I. c. Paul. in dicta lege si optio, ibi: *Quia potest ante aditam hæreditatem etiamsi statim decesserit* (scilicet testator) *familia minui*; &c. si enim ex eo, quod ante aditam hæreditatem familia seruorum in vnum recidere potest, legatum optionis purum efficitur, ad effectum, de quo ibidem, & propterea cessat Catoniana; vt hæc ratio robur habeat, omninò requiritur, quod etiam iacente hæreditate purum efficiatur serui legatum, quandocunque testator decesserit.

20 Quod † verò dicit I. c. Paul. in d.l. si optio, ibi: *Quod si necessarius hæres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam inutile est*; declaratur primo, ne procedat, quando simul necessarius, & extraneus instituti sunt hæredes: nam tunc licet legatum serui, de quo ibi, foret inutile, necessario hærede

existente

existente propter regulam Catonianam, respectu eius partis, quæ à necessario hærede præstari debebat, respectu tamen eius, quæ extraneo præstanda est, vtile legatum erit, ex ratione, quam prestat Iurisconſ. in d. lege ſi optio. ibi: *Quia potest ante aditam hæreditatem*; &c. & hanc declarationem olfecit Iulianus in l. quæſitum, 91. §. 1. ff. de legatis ibi: 1. *Necessario autem ex asse scripto*; &c. Quod tamen ſubintellige quando legatum ab vtroque hæredi relinquitur, vt regulare eſt, lege ab omnibus, 104. ff. de legatis 1. lege ſi pluribus, 44. ff. de legatis 2. nam ſi ab extraneo totum relinquatur, integrum legatum valebit, ex ratione d. l. ſi optio, ibi: *Quia potest*, &c. ſi vero totum à neceſſario relinquatur, integrum inutile erit; quaſi reſpectu legati ſit tunc neceſſarius ex aſſe ſcriptus, iuxta d. l. quæſitum, §. 1. verſ. neceſſario autem, & d. l. ſi optio, verſ. quod ſi neceſſarius.

21 Declaratur † tandem Iuris conſultus in d. l. ſi optio. verſ. quod ſi neceſſarius, ne procedat, quando dato cohærede extraneo ſuus hæres abſtinet; valet enim legatum in ſolidum non obſtante Catoniana: nam licet tunc ab vtroque fuerit relictum iuxta ſupradicta: cum tamen per abſtenſionem filius ſuus redigatur ad conditionem hæredis extranei, iuxta legem nam nec, 89. ff. de legatis 1. perinde eſt ac ſi a principio vterque extraneus eſſet, & alter ex illis repudiaſſet hæreditatem: nec obſtat, quod exiſtentia ſui hæredis confirmat tabulas pupillares, directas libertates, & ſimilia, de quibus egimus late, lib. primo capitulo 13. Reſpondetur enim quod hæc exiſtentia illos tantum effectus operatur, qui pendent à teſtamento, non uero qui pendent ab obligatione hæredis, qualis eſt præſtatio legatorum, §. primo, Inſtitut. de legatis, eleganter comprobat Luſitanus Eman. à Coſta, in repet. cap. ſi pater, 2. parte, verbo, deferuntur, à n. 3. de teſtam. in 6. vnde abſtinente filio ex aſſe hærede inſtituto, legata corruunt. Cum igitur quoad effectualem legatorum præſtationem requiratur immixtio ſui hæredis, ad id conſiderari debet tamquam extraneus ſub conditione reſolutiua, niſi abſtineat. Vnde ſicut ſupra probauimus, quod in caſibus, in quibus reſpectu hæredis extranei locum habet Catoniana, & eo repudiante ceſſat, quaſi ſubtractis terminis habilibus nunquam locum ſortita eſſet deficiente conditione reſolutiua: idem ſimiliter dicendum putamus in ſuo hærede abſtinente.

22 Quod † tamen nequaquam conſiderari poteſt reſpectu proprij ſerui ſcripti, cum neceſſarius hæres ſit, velit nolit; & ita ſtatim poſt mortem domini teſtatoris protinus liber, & hæres ſit. princip. Inſtit. de hæred. qualit & differ. in qua ſpecie ſecurè procedit d. l. ſi optio, verſiculo quod ſi neceſsarius.

Inſuper ſi acutè introſpicimus mentem Iuris conſulti Pauli. in dicta lege ſi optio, verſ. quod ſi neceſſarius, & Iuliani in dicta lege quæſitum. 91. §. primo, verſiculo neceſsario, ff. de legatis 1. dū ſimpliciter meminerunt neceſsarij hæredis, qualis eſt ſeruus, iuxta princip. Inſt. de hæred. qualit. & differ. ſatis confirmant proxime præcedentem declarationem, quaſi ſentiant, quod etſi in ſeruo proprio, vel filio in poteſtate, hæredibus inſtitutit, eadem detur iuris diſpoſitio circa neceſsariam cōtinuationem ſucceſſionis: & conſequēter in vtroque locum habeat regula Catoniana, iuxta ſupradicta: nihilominus tamen in ſuo hærede aliquando id poteſt deficere, impetrata uidelicet abſtenſione, vt probauimus, ergo vt id ſecurè, & infallibiliter decidant, ſimpliciter neceſsarij hæredis meminere.

Ex his, quæ diximus in 3. principali illatione, colligitur etiam decidendi ratio ad Iulianum, in d. l. quæſitum, 91. §. 1. ff. de legatis 1. vnde amplus id referre non vacat.

23 Infertur tandem † ad Iuris conſ. Mæcianum in l. Iulianus, 86. §. vlt. ff. de cond. & demonſtr. vbi legatum relictum ſeruo purè, cui libertas ſub conditione datur, tunc eſt inutile ex Catoniana, quando neceſsarius hæres exiſtit: quia nempè ſi ſtatim decederet teſtator propter exiſtentiā ſui & neceſſarij hæredis, in quo non eſt neceſsaria aditio, l. in ſuis, ff. de ſuis & legit. legatum inutile foret, ſecus ſi extraneus fuerit inſtitutus, tunc enim cum vltra mortem teſtatoris adhuc dilatio hæredis nolentis, vel differentis adire, conſideretur, intra illam conditio libertatis venire poteſt, & proptera legatum purum de quo ibidem, interim non euaneſcit.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu lege ſi ſtipulatus, 15. §. primo, ff. de fideiuſsor. a numero primo per tot. præcipuè a num. 24.

Beneficium diuiſionis competit confideiuſſoribus, dicto numero primo. licet diuerſis temporibus ſe obligauerint, num. 13.

Exceptio cedendarum actionum reſpectu debitoris competit fideiuſſori contra creditorem potentem, d. num. 1.

Exceptio pignoris transferendi competit fideiuſſori ſoluenti contra creditorem, ibidem.

Refertur, & reprobatur prima interpretatio gloſſæ, ad noſtram lege. ſi ſtipulatus, 15. §. primo, n. 2.

Refertur, & reprobatur ſecunda, & tertia, num. 3.

Refertur, & reprobatur 4. 5. 6. & 7. quæ fuit Ioan-

CAPVT XIIII.

Ad Salu. Iulianum in l. ſi ſtipulatus, 15. §. 1. ff. de fideiuſſoribus.



1 Inquit † Iulianus. *Si ex duobus, qui apud te fideiuſſerant in viginti: alter ne abeo peteres, quinque tibi dederit, vel promiſerit; nec alter liberabitur: & ſi ab altero quindecim petere inſtitueris, nulla exceptione ſummoueris. Reliqua autem quinque ſi à priore fideiuſſore petere inſtitueris: doli mali exceptione ſummoueris.*

Summè torquentur Doctores oēs in præſenti, cur creditor non ſummoueatur, vel exceptione diuiſionis, ex epiſtola Diui Hadriani, quæ in fauorem confideiuſſorū emiſſa eſt, iuxta l. inter, 26. cum l. ſeq. ff. de fideiuſſor, §. ſi plures, Inſt. eodem tit. & cuius priuilegium creditor adimere, aut impedire nequibat. Vel exceptione cedendarum actionum: tenetur enim creditor cedere actiones, l. ſi mandat, 13. l. cum is, 36. l. fideiuſſoribus, 17, l. fideiuſſores, 41. §. 1. ff. hoc tit. l. ſi quis alicui, 27. §. vlt. ff. mandati, apud Hiſpanos l. 1. tit. 12. partita, 5. vbi late Gregorius Lopez Decius, conſ. 27. ante, nu. 1. & quando facto ipſius creditoris actiones peremptæ ſunt, ita vt cedi nequeant, exceptione repellitur, l. Stichum, 95. §. penult. ff. de ſolutionibus, facit l. quod ſæpè, §. ſi res, ff. de contrah. empt. Iacobus de Arenis, tract. de ceſſione, num. 70. Roman. conſ. 472. in eo quod quæritur, circa finem. Padilha Hiſpanus in l. 1. nu. 22. eū ſeqq. C. de tranſact. Vel tandem exceptione pignoris transferendi (ſi quod creditori traditum fuerat) iuxta l. 2. C. de fideiuſſoribus.

2 Propter † quæ text. iſte uarios patitur intelligendi modos, & in primis Accurt. hic, verbo exceptione, primo ſoluit, quod propterea non datur exceptio contra creditorem cedendarum actionum: quia confideiuſſor liberatus quinque ſoluit, quaſi iam ex ſua parte ſatisfeciſſe videatur. Sed hic intellectus eſt ineptus, in primis, quia illa quinque non aſcenderunt ad virilem portionem confideiuſſoris, & ideo non ſatisfecit ſecundum ſuam obligationem, adhuc ergo contra eundem pro alijs quinque competere poterat beneficium diuiſionis, & cedendarum actionum, Deinde quia dicta quinque non ſunt data in vim ſolutionis, ſed

sed in remunerationem pacti de non petendo, ergo nihil videtur solutum, sed potius datum, quapropter Accurt. huic interpretationi non acquieuit.

3 Secundus † intellectus est, quod fideiussor liberatus, de quo hic, inutiliter fideiusserat.

Tertius, quod erat aliàs tutus exceptione perpetua. Verum vterque diuinat, & est sine sale, vt aduertit Imola, hic. n. 2. vers. in glos. 1.

4 Quarta † interpretatio est, quod scilicet fideiussor cōsenserat transactioni. Quinta, quod conuenit ad tempus. Sexta, quod fideiussor liberatus, erat fideiussor fideiussoris. Septima (quæ fuit Ioannis veteris interpretis) quod hic renunciauerat beneficio cedendarum actionum. Ceterum hę omnes apertè ariolantur, & communiter reijciuntur; notat Imola hic. Illa insuper, quæ Ioanni tribuitur, reddit tex. indubitabilem, & superflua verba illa: *Nulla exceptione*; si enim ex conuentione prædictis beneficijs renunciatum erit frustra text. recurrit ad conuentionem inter creditorem, & vnum ex confideiussoribus.

5 Octaua † fuit Rogerij relata ab Accurt. ibidem. Quod hic tex. procedat de vigore. At d. l. Stichum, 95. §. penult. ff. de solutionib. de æquitate. Hæc quoque interpretatio, & conciliatio absona est, nulloque iure probatur æquitas illa: immo l. c. ind. l. Stichum, §. penultimo procedit secundum ordinarias iuris regulas, de quibus etiam in lege si mandato, ff. de fideiussor. lege si quis alicui, §. vltimo, ff. mandati, cum supra citatis, & inferius ostendemus.

6 Nona † interpretatio est, quod hic non fuit pactum de non petendo; sed datione peteretur: & ideo adhuc posse peti reliquam quantitatem ab eodem, qui quinque soluerat, sed vltra diuinationem, est merè calumnia, & violatio huius textus, non enim ab eodem, qui quinque dederat, vel promiserat, reliqua quinque petuntur, vt infra ostendemus.

7 Decima, † quæ Martino antiquo glossatori tribuitur, necnon & Azoni; potius inuoluit, quam textum explicet; præsertim, cum nihil ad difficultatem cedendarum actionum respondeat, de qua inferius.

8 Vnde † Iacobus de Arenis, relatus à Bart. & Paulo hic, aliter text. hunc intelligit; quasi in illo tantum excludatur fideiussor ab exceptione pacti, non vero à diuisionis, vel cedendarum actionum exceptione, sed hæc interpretatio omnino reprobanda est, cum text. dicat: *Nulla exceptione*; quæ propositio vniuersalis negatiua, totum excludit, vt securè tradit Imola hic, numero 2. versiculo ibi nulla exceptio.

9 Duodecimo † Dynus (cuius intellectum Bartolus, & Cumanus hic exornant) putaui propterea repelli creditorem in d. l. Stichum, §. penultimo, ff. de solutionibus, quia mandator de quo ibi, manebat omninò remedio destitutus, quippè iam liberatus erat debitor à creditore. At in nostro text. licet confideiussor esset liberatus, adhuc actio cedi poterat contra debitorem. Atque ita creditor nulla exceptione repelletur, quod unum ex confideiussoribus liberasset, licet repellendus esset eadem exceptione respectu debitoris, de quo tamen text. hic principaliter non loquebatur.

Quam Dyni interpretationem, & conciliationem ex eo reprobat Bartolus hic, quia licet in terminis d. §. penultimo, creditor non posset culpa sua actionem cedere: mandatori tamen adhuc competere poterat vel mandati, vel negotiorum gestorum actio, l. qui patitur ff. mandati, lege indebitum, ff. de condict. indeb. & nihilominus creditor remouetur, ergo non sufficit, posse debitorem conueniri.

Ceterum hæc Bart. reprobatio falso nititur fundamento: nam si facto creditoris competijt exceptio debitori (citra pactum, de quo in l. nisi, ff. de pactis) iam mandator, vel fideiussor conuentus, & certus de dicta exceptione, si soluerit, nullam habet actionem, vt expressè probat Papinianus in l. si fideiussor, 29. ff. mandati.

Ex eo tamen venit Dynus reprobandus, quia non satisfacit debitæ diuisioni ex epistola Diui Hadriani. Nec euitabitur hæc reprobatio ex eo, quod confideiussor de quo hic, altas liberatus, soluendo non erat, quo casu cessat dicta epistola, iuxta initio allata iura. Quod propterea suadere nititur Cuman. hic, quod creditor quasi desperatus solis quinque contentus fuit: non in quam euitabitur quia si non esset soluendo, frustra pactum, & datio celebratur, ne ab eo reliqua peterentur: hoc enim alium confideiussorem onerat, d. §. si plures, Instit. de fideiussor. nec credendum est ab illo petere voluisse omnem quantitatem, qui verè soluendo non erat. Tandem vt pacti vis aliquid operetur, opus est, vt intelligamus, illum cum effectu posse conueniri, & consequenter soluendo esse: ne tamen conueniretur, dicta quinque dedisse, vel promisisse.

10 Decimotertio † intelligit Cuman. quod exceptio cedendarū actionum nō competit, nisi quando creditor efficacem habet actionē contra alios; quæ solutione vnius alias eidem creditori manet inutilis, idq; ex ea æquitate, qđ tibi non nocet, &c. l. 3. §. item Varus, ad fin. ff. de aqua pluuia arcenda. Vnde si creditor etiā culpa sua actionem cedere nequeat, non ob id summouebitur vt hic. Nec obstat (inquit

Cuman.) d. l. Stichum. §. penult. ff. de solutionibus, quia procedit in mandatore.

Verum hic intelligendi modus in primis nõ satisfacit, quoad difficultatem deductam ex beneficio diuisionis. Deinde verius est, quod si debitor liberatur à creditore, non ex vi conuentionis, de qua in l. nisi. ff. de pactis, sine dubio repellendus est a fideiussore conuento per exceptionem cedendarum actionum, iuxta d. l. Stichum. §. penult. quæ æquè militat in fideiussore, l. si fideiussor, 29. ff. mandati.

11 Denique Paul. hic, qui nu. 2. communem dicit, & in l. si Titius, nu. 2. ff. eodem tit. & in l. si plures, nu. 1. vers. sed contra hoc, infra, eod. tit. Imola, hic, nu. 2. & nu. 3. vers. tertia; tradiderat gloss. in d. l. si plures, & ibidem Imola, nu. 1. Speculator tit. de renunciatione, §. 1. putant distinguendum inter confideiussores eodem, vel diuerso tempore constitutos: nam inter eos, qui eodem tempore fideiubent, diuisionis beneficium, & exceptionẽ cedendarum actionum dari putant; non ita, quando diuerso tempore, idque suadent ex d. l. si Titius, ff. de fideiussoribus, ibi: *Si postea minor intercessit.* &c. quam sententiam colligunt etiam ex sententia Martini relata gloss. hic, verbo, exceptione, quæ certè id non exprimit securè: immo, quam secundum vocat, postea primum appellat, & secundum hanc distinctionem intelligunt procedere nostrum text. in 2. casu.

Ratio huius interpretationis est; quia fideiussores, qui eodem tempore se obligarunt, non aliter videntur obligationem suscepisse, nisi intelligerent prædicta beneficia illi communicari, & manerent decepti, si vel debitũ diuideretur, vel actio non cederetur; quæ ratio cessat respectu confideiussorũ, qui ex interuallo additi sunt: iam enim primi absque diuinatione futuri euentus, se ipsos in solidum obligarunt, nec aliquid de cedendis actionibus cogitarunt. Licet etiam tunc vtrumque remedium posterioribus competat.

Ceterum hic quoque intelligẽdi modus peccat in multis: quod vt euidentius appareat; distinguenda est inspectio diuisionis ab illa, in qua de cedendis actionibus agimus.

12 Et in primis † prænotandum est, prædictũ diuisionis beneficium illis tantum competisse, qui se in solidum obligauerunt, iuxta naturam fideiussionis: non enim quis plures fideiussores accepit, vt vnumquemque minus obligatum haberet, sed vt plures in solidum obligatos; & ita docet Imp. in §. si plures, Inst. de fideiussoribus. Si enim creditor fideiussorum obligationem diuisisset, cessat dictum beneficium, vt in fortioribus terminis tradit Papin. in l. inter eos, 51. ff. de fideiussor.

13 Supposito † igitur, quod beneficium competit in solidum obligatis, quando vtrique totam summam soluere poterant, non est credendum, nec in iure exprimitur, quod tali beneficio fraudentur, qui ex interuallo adiectos habent confideiussores; vtpote, quia sunt in solidũ obligati, & simul confideiussores, vt infra latius ostendemus; & ita hanc sententiã securè tradit Dynus, Cynus, Iacobus de Arenis, quos sequitur Bart. in d. l. si plures, & d. l. si Titius. Nam licet tempore suæ fideiussionis non diuinent, sibi competiturum: sciunt tamen, vel scire præsumuntur, quod superadditis fideiussoribus sibi competet, & quamuis hæc etiam generalis scientia deesset, tale beneficium non scientibus, sed confideiussoribus in solidum obligatis competit; confideiussores autem sunt, qui eiusdem stipulationis fideiussores existunt, licet diuerso tempore. Quod à contrario probat, l. si à Titio, 43. ff. de fideiussoribus, præsertim, quia tale beneficium reciprocum est, & constat, quod competit ex interuallo adiectis contra primos, ergo debet etiam competere primis contra secundos ex interuallo subiunctos, cum æquitas dicti beneficij vtrumque casum æquè complexa videatur. Nec vlla lege, aut prædicta ratione probatur, quod vltra quam quod sint confideiussores, requiratur, vt simul intercedant. Immo contra prædictos patres iura per illos allata retorquentur.

14 Nam † circa d. l. si Titius, quatenus considerat minorem ex interuallo fideiussorẽ adiectum impedire diuisionem, quam eodem tempore intercedens pareret; in primis aduerto, quod text. circa minorem requisiuit obligationem ex interuallo, non quod regulariter adiecto postea confideiussore denegetur priori dictum beneficium; non enim tunc ad peculiarem rationem, sed ad regulam (si vera foret) recurrendum erat, sed l. c. ibidem agnoscit specialem rationem in minore ex interuallo intercedente, ergo ex eo text. falsò deducitur, regulare esse, ne competat primis fideiussoribus dictum beneficium respectu eorum, qui postea fideiusserunt; immò ab speciali probatur contrarium.

Ratio autem specialitatis in eo est; quod licet, quando simul intercedunt maior, & minor ætate, debeat diuisio locum habere; non obstante similitudine mulieris intercedentis: quia quando mulier intercedit, inanis est intercessio, l. quamuis, §. Marcellus, & §. si mulieri, ff. ad S.c. Velleianum, & sentit text. in d. l. si Titius, ibi: *Mulierem frustra intercedere*; &c. At quando minor fideiubet, valida est fideiussio, & ipse minor de rigore iuris tenetur, & consequenter, si minor soluendo est, confi-

deiussor

deiussor conuentus potest vti epistola Diui Hadriani; quia quamuis minor restitui possit, sine auxilio tamen iuris honorarij a principio acceptus est fideiussor, & ipso iure tenetur, argumento l. Stichum; §. quod vulgo, ff. de solutionibus. Et quamuis eadem ferè ratio militet, quando etiam ex interuallo minor fideiussor acceptus est, cum tamen creditor sine dolo minorem putans maiorem adiunxerit in securitatem debiti, cessat æquitas in qua fundari poterat epistola Diui Hadriani: tum, quia minor in his terminis consideratur tanquam fideiussor non soluendo; tum etiam, quia nihil præiudicij causari potest creditor, qui à principio simpliciter, ac solus fideiusserat. Atque ita mens I.C. est, ostendere, quod mulier, & minor in eo æquiparentur, quoad effectum exonerandi totum debitum in confideiussores; quod illa quandocunque intercedat; hic verò, quando ex interuallo, æquitate ita suggerente, quæ quidem æquitas nititur in bona fide, & animo creditoris, simul & in dicto beneficio, quod sine damno eiusdem creditoris impartitur, vt patet ex d. §. si plures, ad fin. Inst. de fideiussor. d. l. inter eum, cum l. seq. ff. eod. tit. & recenset plures casus glossa, verbo, partes, in d. §. si plures; secundum quam æquitatis rationem videbatur, quod neglecto iuris rigore, de quo supra, etiam in eo casu, quando minor simul cum maiore intercedit, diuisio esset deneganda, & in eo consistit ratio dubitandi d. l. si Titius, vers. huic similis, Quæ tamen diuisio tandem conceditur, quia quando vel obligatio debitoris, vel commodum creditoris debet augeri; semper pro debitore standum est, vt deobligetur, l. Arianus, ff. de obligat. & act. simulque ob rationem I. c. in d. vers. huic similis, ibi; *Propter incertum ætatis, ac restitutionis*; &c. iuncta explicatione Lusitani Costæ, in cap. si pater, 1. parte, verbo, instituit, nu. 6. de testam. in 6.

Et quod in bona fide creditoris, & ita in æquitate dictæ epistolæ Diui Hadriani, prædicta l. si Titius, fundetur, patet ibidem, in vers. quod si dolo, vbi inquit I.c. quod si creditor dolo induxerit minorem, vt fideiubeat ex interuallo (nam simul, nulla dubitatio erat, & ita innuit ibidem glossa, verbo, fideiubeat) tùc etiam ex interuallo priori fideiussori competit beneficium diuisionis. Ex quo duo necessariò colliguntur. Primum, quod diuisio prohibita minore ex interuallo fideiubête, nititur in bona fide creditoris, qui sibi, ac suæ securitati, sincere prospexit, non circumueniendo minorem. Secundum, quod si ratio aliqua specialitatis cesset inter confideiussores ex interuallo adhibitos, semper diuisio competit primis contra secundos, etiam ex interuallo subiunctos, vt in d. l. si Titius., vers. quod si dolo, vbi cessante speciali ratione, ob quam diuisio in præced. vers. huic similis, inhibetur, statim competit primo fideiussori, licet secundus ex interuallo, & casu superuenerit.

15 Tandem, prædicta † sententia quoad beneficium diuisionis non probatur ratione: quia licet in pluribus fideiussoribus simul intercedentibus maior ratio consideretur, ad effectũ vt competat dictum beneficium, non inde tamen sequitur, non competere contra alios cõfideiussores ex interuallo subiunctos. Immo, si verum amamus, non magis competit, quando simul concurrit; quia dictum beneficium non propterea datur, quod sciant per plures diuidi obligationem (cum plures illi non ad fauorem confideiussorum, sed in securitatem creditoris assumantur) sed quia, cum omnes fideiussores sint soluendo, æquum est, vt inter eos diuisio fiat; quasi plures collectiuè subintrent locum vnius debitoris, & ita pro virilibus portionibus, & hinc est, quod obligatio confideiussorum non diuiditur ipso iure ex epistola Diui Hadriani; sed habetur respectus ad tẽpus exactionis, vt inquit tex. in d. l. inter ff. de fideiussor. vt ita securitati creditoris sæpe sit consultum. Non tamen diffiteor, quod si non aliter fideiussores se obligauerint, quam si plures intercedant: tunc id potius, & principalius in fauorem fideiussorum esse, quam creditoris. Inde tamen non sequitur, quod postea adiuncti confideiussores non pariant primis dictum beneficium.

16 Et quamuis † prædicta sententia communis (quam huc vsque impugnauimus) vera esset: adhuc prædicta doctrina, & intellectus, quoad diuisionis beneficium diuinat ad nostrũ text. nam ibidem non constat, confideiussores fuisse ex interuallo adhibitos, vt patet ex facti narratione, quam proponit I.c. nec officit verbum illud ibi: *Si à priore*; &c. nam vltra quam quod gloss. vlt. hic, & Paul. nu. 2. intelligat de eo, qui quinque dederat: & in hoc sensu apertè faciat cõtra dictam doctrinam: quia tunc supponebatur alter, qui quindecim soluit, esse posterior: cui per supra relatos Doctores, de iure competit dictum beneficium: & tamen in terminis illius text. tunc non competebat; vnde aliter respondendum videbatur. Fateor tamen verius esse, & congruentius, quod ille fideiussor (qui prior dicitur in nostro textu) non sit ille, qui quinque soluit: esset enim fatuus creditor, si contra manifesta, & perpetua exceptione pacti de non petendo tutum ageret in expensis condemnandus, sed potius ille, qui quindecim soluerat: non tamen ob id dicitur prior, quasi in ea prioritate fundetur tota decisio I. c. ad denegandũ

exce-

exceptionem diuisionis: sed prout significat; *proximum*; quasi dicat, si à priore, hoc est, à proximo fideiussore, de quo immediatè ante loquebatur; &c. Quod facilius admittetur, cum probauerimus, quod etiamsi simul concurrerint plures fideiussores, potest creditor pacto suo liberare vnum ex fideiussoribus, altero in solidum manente obligato.

17 Aduertendum † etenim est, vt supra tetigimus, quod nisi plures fideiussores ex conuentione eorumdem concurrant, ad effectum dictæ diuisionis (quo casu in ipsorum præiudicium à creditore non potest quiuis ex fideiussoribus, alijs non consentientibus liberari) potest creditor liberè pacisci cum quouis ex fideiussoribus, eumque liberare: talisque conuentio non proderit confideiussoribus, vt docet I.c. in l. fideiussoris, 23. ff. de pactis, non solum ex vi exceptionis pacti, sed nec doli, de qua in l. rescriptum, §. vlt. & in l. idem, 25. ff. eodem tit. nam vt competat dicta doli exceptio, requiritur, vt idem etiam actum sit à confideiussore paciscente, l. videlicet, ff. eodem tit. & ibidem gloss. & DD. Quo præhabito liberatorio pacto manet confideiussor obligatus in solidum, absque beneficio epistolæ Diui Hadriani: nam cum hoc beneficium non competat iure ipso, iuxta l. inter, ff. de fideiussoribus; immò respiciat tempus exactionis, nihil impedit, quominus creditor possit remittere, vel renunciare ijs, quæ in sui fauorem sunt inducta, l. penult. C. de pactis: nam pluralitas fideiussorum in dubio assumitur in fauorem creditorum, vt supra probauimus; præsertim, quia ille, quem pacto liberauit, posset non liberatus effici non soluendo, & hoc ceteros onerabit, d. l. inter, cum l. seq. & d. §. si plures, Inst. de fideiussoribus; Vel etiam ceteri fieri, possent non soluendo, quod maximo creditoris detrimento foret.

18 Ex quibus † consequitur, quod licet in nostro textu confideiussores simul, & eodem tẽpore interuenissent, si vnus pactus liberaretur, hoc ceteros onerabit, sicut enim liberum fuit creditori à principio plures non assumere, sed vnum tantum, cui tota obligatio incumberet, ita potest ex interuallo vnum relinquere, reliquos liberare; licet id vertatur in præiudiciũ manentis fideiussoris; quia hoc præiudicium est incertum respectu futuri euentus; poterunt enim forsan liberati, vel non liberatus effici non soluendo; & simul est consecutiuum, nã principalis respectus est creditoris, in cuius fauorem plures fideiussores fuerunt accepti; & consequenter non debet considerari, iuxta l. 1. vers. prima enim ratio, ff. de autorit. tut.

19 Quod attinet † ad exceptionem cedendarũ actionum, aduerte, quod hæc exceptio tunc propriè incipit locum habere, quando alias fideiussores, vel mandatores fraudarentur regressu contra principalem debitorem: alias enim si regressum haberent, quamuis creditor facto, vel pacto suo debitorem liberaret, adhuc contra fideiussores agere poterat cum effectu, vt expressit Vlp. in l. nisi, 22. ff. de pactis, nisi cauilletur: nam ibi nulla efficax actio cedi potest fideiussoribus contra debitorem, propter vim pacti liberatorij, l. si vnus, §. pactus ne peteret, ff. de pactis. Nihilominus tamen, quia fideiussores habent mandati actionem contra debitorem, cuius dumtaxat persona per exceptionem pacti eximitur ab obligatione, qua creditori tenebatur; iam non possunt eidem creditori opponere exceptionem cedendarum actionum respectu debitoris: nam creditor debitorem pacto liberando, suo iure vtitur: & licet priuet fideiussores cedendis actionibus, id à iure non consideratur, quando aliàs habent propriam actionem contra eundem principalem debitorem; & consequenter cesset regula l. id quod nostrum, ff. de regulis iuris, & solum creditor tenetur actiones cedere, quando efficaces habet, ex ratione Cumani hic, quod tibi non nocet, & mihi prodest, teneris facere, Tradit nouissimè Anton. Faber, lib. 11. Coniect. cap. 14. Itaque exceptio cedendarum actionum creditori, tunc opponi poterit, quando vel aliàs fideiussores conuenti actione destituerentur contra debitorem; vel quando creditor talem actionem habet, quæ fortè vtilior erit fideiussoribus, quam mandati.

20 Et secundum † hanc veram resolutionem procedit text. in d. l. Stichum, 95. §. penult. ff. de solutionibus, vbi propterea creditor repellitur a fideiussoribus conuentis per exceptionem cedendarum actionum: quia scilicet debitor omnimodo liberatus erat; ita vt iam cõtra illum creditor agere nequiret, nec etiam fideiussor, aut mandator, iuxta l. si fideiussor, 29. ff. mandati, & ideo text. dum inquit, repelli creditorem, quia vitio ipsius liberatus est debitor, debet ita intelligi, vt ex liberatione debitoris competeret exceptio mandatori, vel fideiussori contra creditorem petentem, iuxta d. §. penult. & itidem debitori contra mandatorem, vel fideiussorem, si perperam soluissent, iuxta d. l. si fideiussor: nam si debitor liberatus est tantum a creditore, iuxta terminos d. l. nisi, ff. de pactis, adhuc creditor contra mãdatorem, vel fideiussorem agere potest cum effectu: & ipsi habebunt regressum contra debitorem, à cessante ratione, d. l. si fideiussor: nam pactum creditoris non sustulit obligationem mandati, quæ semper permanet contra debitorem; sed tantum eximit personam debitoris ab obligatione, iuxta d. l. nisi; & propterea

pterea d. §. penult. quando repellit creditorē propter exceptionem cedendarum actionum, non dicit, quia pacto, aut facto liberatus est de bitor: sed quia culpa, & vitio creditoris liberatus est; quo casu etiam in fauorem fideiussorum liberatio contingit, vtpote ab illo causam habentibus, qui simpliciter liberatur.

21 Æquitas † autem cedendarum actionum, etiam porrecta est ad plures fideiussores, vel mandatores, vt videlicet vni soluenti, debeant cedi actiones contra reliquos, l. fideiussoribus, 17. l. cum is, 36. l. fideiussores, 41. §. vlt. ff. de fideiussoribus, quasi vendito nomine iuxta proximè relata iura: tunc, quod fideiussor cessis actionibus pro rata confideiussores poterit conuenire, gloss. verbo nomina, in d. l. fideiussoribus, 17. & ibidem Doctores. Hæ autem nisi cedantur, quia fortè confideiussor solidū soluens non desiderauit sibi cedi, postea sera pœnitentia erit, nihilque operabitur serotina cessio, innuit I. c. in l. vt fideiussor, 39. ff. de fideiussor.

22 Sicut † autem diximus, quod potest creditor liberare debitorem, ita vt ille solus eximatur, iuxta supra dicta, & tunc exceptio cedendarum actionum opponi nequeat; ita & maiori cum ratione poterit pacto liberare vnum ex fideiussoribus, & talis conuentio alijs non proderit, iuxta l. fideiussores, 23. ff. de pactis. Nec ijsdem tenebitur cedere actiones, nec consequēter repelletur exceptione cedendarum, tum ob opinionem Dyni hic, qui putabat nihil obesse exceptionem cedendarum actionum contra confideiussores, quando poterat cedi contra principalem; tum etiam, quia sicut potuit creditor non accipere plures fideiussores (nisi de alia conuentione constet) cum in securitatem sui debiti illos assumat: ita poterit eximere vnum, vel plures ab obligatione, qua tenentur, tum exceptio cedendarum actionum non competat fideiussori respectu confideiussorum; nisi quando ipse fideiussor solidum soluit, & supersunt alij fideiussores, quos creditor poterat conuenire, sed non conuenit: vnde si eo tempore non superfint, quia v.g. liberati sunt; dicta exceptio non competet: nec tunc poterit fideiussore à creditore conuentus causari præiudicium sibi illatum ex pacto de non petendo inito cū alio fideiussore: quia, vt probauimus, primo, & principaliter fauorem respiciebat creditoris, cui ipse renunciauit præstita liberatione.

Ex quibus apertè colligitur, quod licet text. noster supponeret eodem tempore intercessisse duos illos fideiussores, si tamen vnus pacto liberatus est, exceptio cedendarum actionum respectu alterius non competeret.

23 Pro coronide † tandem aduertendum est, prædicta duo beneficia diuisionis, & cedendarum actionum esse diuersa, vt constat ex ijs, quæ tradit Decius, consil. 27. num. 1. & aliquando vnum competere altero non competente, secundum gloss. verbo, desiderare, in l. si fideiussores, 41. §. vlt. ff. hoc tit. de fideiuss. vltra quam exemplificari etiam potest in eo, qui renunciauit beneficio diuisionis, iuxta regulam l. penult. C. de pactis, vel illo vti non vult: potest tamen vti beneficio cedendarum actionum, iuxta l. vt fideiussor, 39. ff. de fideiussor. & ita per indirectum vtetur beneficio diuisionis, cui renunciauerat, vel vti noluit; cum alter fideiussor conuentus ad virilē tantum portionem teneatur, secundum gloss. verbo, nomina, in l. fideiussoribus, 17. ff. de fideiussoribus: si tamen vterque fideiussor renunciauerit beneficio diuisionis: melior est cōditio prioris in solidum soluentis: nam poterit cogere creditorē, vt ei cedat actiones contra alterum fideiussorem, iuxta præcitata iura: quibus cessis, poterit confideiussorem conuenire, ab eoque propter dictam renunciationem totum consequi, quod ipse soluerat, sicut & contra debitorem principalem.

E conuerso verò, si quis velit renunciare beneficio cedendarum (vt potest, secundum Decium, d. consil. 27. nu. 1.) non verò diuisionis, inutiliter renunciat: nam si diuisione vti vult, frustra ageretur de cedendis actionibus, quæ non nisi solidum soluenti competunt. d. l. fideiussoribus, 17. l. si fideiussores, 41. §. vlt. ff. de fideiussor.

Quibus sic præmissis, iam patet, quo pacto vltima suprapofita sententia reprobari debeat, & merito.

24 Infertur † etiam verus intellectus ad nostrum text. eo prius supposito, quod in eo agebatur tantum de conuentione inita cum vno ex confideiussoribus respectu alterius, an scilicet, alteri prodesset. & propterea deciditur nulla exceptione summoueri creditorem ab vno ex confideiussoribus respectu alterius; quia videlicet creditor potuit liberare vnum ex illis, vt supra probauimus, ita vt istius respectu, iam nec diuisionis, vel cedendarum actionum beneficium opponi possit, ex supradictis. Non tamen text. noster inficiatur, quod dicta exceptio cedendarum potuisset opponi respectu debitoris, iuxta dictam legem Stichum, §. penult. ff. de solutionibus (de hoc enim text. noster non agit.) nisi adhuc ipse debitor ex conuentione aliqua eximatur, vt supra probauimus; Secundum quæ constat, quod potest creditor ita liberare reum, & fideiussores, vt vnus, qui restat, possit conueniri absque beneficio diuisionis, & cedendarum actionum:

num: dummodo tamen habeat regressum contra principalem reum, aliàs minimè, iuxta d. l. Stichum, §. penult. & secundum istum intellectum procedit suprapofita opinio Dyni, quę tamen quoad beneficium diuisionis, manca erat. Non tandem inficiatur text. noster, competere fideiussori exceptionem pignoris transferendi, ex l. 2. C. de fideiussor. quia vt diximus, quæstio hic solum vertitur circa confideiussores.

25 Cur † autem, pactum cum vno celebratū alteri confideiussori non prodest (vt etiam probat l. si ex duobus, 15. ff. de tut. & ration. distrah. l. 1. C. de transact.) prosit tamen datio, seu promissio ratione dicti pacti? in quo consistit ratio dubitandi nostri text. vt per gloss. hic, in vltimo Scholio. Et respondendum est, quod licet pactum non prosit confideiussori, & de rigore nec datio ex illo resultans, nihilominus tamen æquitas non patitur, vt quis bis idem consequatur respectu eiusdē obligationis saltem effectualiter, iuxta regulā l. qui bis, 18. ff. de verb. obligat. & ideo doli exceptio competit, quæ locum habet, quando cessat exceptio pacti conuenti, ex regula l. rescriptum, 10. §. vlt. & l. idem, 25. ff. de pactis.

26 Nec † obstat l. videlicet, 26. ff. eod. tit. de pactis, vbi vt exceptio doli competat in defectum exceptionis pacti, requiritur, quod idem a partibus actum sit, hoc est, vt partes de eo etiam paciscantur, quasi tunc quamuis pacti exceptio non competat, iuxta regulam l. quæcunq; gerimus, ff. de obligat. & act. competet tamen doli. Respondetur enim in d. l. videlicet, regulariter requiri, vt id actum sit, aliquādo tamen suadente æquitate, ne bis idem exigatur, etiam sine partium expressa conuentione id obtinebit; & ita in effectu tradit gloss. verbo, proderit, in l. si ex duobus, ff. de tutel. & ration. distrah. gloss. vlt. in l. 1. C. de transact. vbi resoluit Decius, & Padilha, n. 4. Curt. iun. nu. 31. Aretin. cons. 29. & cons. 66. Cuman. cons. 24. præsertim, quia d. l. videlicet, loquitur in pacto gratuito, iuxta Rubr. sub qua collocatur; text. verò noster loquitur in specie transactionis, quæ aliquo dato, retento, vel promisso celebratur, l. transactio, 38. C. de transact. iuncta glossa 1. in l. 1. C. eod. tit. de transact. vbi glossa vocat pactionem, quæ gratuito fit, transactionem verò, quæ aliquo dato, retento, vel promisso, secundum quam differentiam intelligitur d. l. videlicet, vt exceptio doli propter aliquod præcedens pactum gratuitum, alijs non competat, nisi actum sit, secus in non gratuito, vt in nostro textu.

27 Quid † dicendum est, si prædicta quinque (quorum meminit noster text.) non fuerint soluta, sed tantum promissa, ân tunc competat exceptio confideiussori conuento? & videbatur dicendum, quod sola fideiussoris solutione iuuetur confideiussor ad exceptionem doli opponendam, cum constet pactum illi non prodesse de rigore iuris.

Puto tamen, talem exceptionem indistinctè confideiussori prodesse, si tempore litis cōtestatæ, quo tota viginti ab eo petuntur, alter fideiussor promissione liberatus, soluendo est quantitatem promissam: nam cum ea quinque quæ promisit, subire videantur locum virilis partis, quæ liberato fideiussori incumbebat: sicut fideiussor in solidum conuentus potest opponere diuisionem, si soluendo sit confideiussor, l. inter, ff. de fideiussor. §. si plures, Inst. eodem tit. ita in terminis propositis, si respectu quinq; promissorum soluendo est olim liberatus fideiussor; liberabitur confideiussor soluendo tantum quindecim, & sibi imputet creditor, qui tali promissione contentus fuit, si opportuno tempore, vel ante exactionem alterius, talia quinque non petierit; ne aliquo modo, vt plus consequatur, creditori faueamus. Quam resolutionem innuit I.c. dum supposito, quod quinque data erant, vel promissa ad transactionem ineundam, quoad effectum etiam summouendi creditoris, nihil distinxit, an data essent, vel tantum promissa: & ita indistinctè ob solam promissionem fideiussoris, creditor à confideiussore repelletur

Nec obstat, quod pactum non prodest confideiussori, iuxta supra dicta: quia respondetur, id procedere in pacto simplici, non vero in pacto respectiuo, quale est promissio dandi, qua creditor contentus fuit, & ex qua oritur actio. Atque ita resoluendum est, ex promissione vnius ex fideiussoribus, liberatum esse vtrumque fideiussorem: alterum à petitione totius debiti, propter transactionem: alterum a petitione dictorum quinque.

28 Illud † non ineleganter aduerterem, quod si creditor paratus sit cedere actionem ex promissione promanantem, tunc non esse doli exceptione summouendum: nam de rigore iuris, pacto solus ille liberatur fideiussor, cum quo initum est; & licet ex æquitate illud, quod virtute pacti promittitur, proficiat confideiussori, qui aliàs mansit in solidum de rigore iuris obligatus, talis æquitas non patietur, vt creditori actionem cedere volenti, confideiussor non acquiescat; quod videtur sentire text. noster a contrario sensu: nam propterea concedit doli exceptionem, quia dolo petit, qui bis eadem quinque habere vult, sed in dictis terminis non vult habere bis idem, ergo cessare debet huius text. decisio, in vers. vlt. & dictus confideiussor ea cessa actione contentus erit,

cum

cum aliàs ob pactum, de rigore iuris beneficium diuisionis illi non competeret, iuxta supra dicta.

SVMMARIVM.

An condicenti possessionem indebite traditam possit opponi exceptio proprij dominij. à nu. 1. vbi referuntur fundamenta affirmatiuæ sententiæ.

Contrarium defenditur à nu. 2.

Explicatur l. 2. ff. de condict. tritic. nu. 3.

Qui vitiosè possessionem acquirit, non potest condicenti opponere exceptionem proprij dominij, quamuis sit notoria. ibidem.

Explicatur l. indebiti, 15. §. sed si nummi, ff. de condict. indeb. nu. 4.

Explicatur obiter l. repetitio, ff. de condict. indeb. & l. de hæreditate. C. de petit. hæred. nu. 5.

Explicatur l. si in area, 33. in 2. responso, ff. de condict. indeb. nu. 6.

In terminis l. si cum venderet, ff. de pign. act. si emptor pignoris per errorem possessionem tradiderit antiquo debitori, poterit eam omninò repetere. num. 7.

Possessionem amissam etiam citra vitium furti, vel violentiæ, posse repeti condictione triticaria, contra plures defenditur. nu. 8

Explicatur gloss. verbo, rem, in l. 1. ff. de condict. triticar. ibidem.

Condictio triticaria potest competere ad recuperandam possessionem amissam, sicut & Publiciana. ibidem. ad finem.

An nominatio emphyteutica suaptè natura reuocabilis fiat irreuocabilis per reseruationem vsusfructus; supposito, quod translato omni iure emphyteutico, aliàs irreuocabilis sit? à nu. 9. & affirmatiuè resoluitur. à nu. 10.

Traditio in dubio censetur fieri ratione tituli præcedentis. d. nu. 9.

Reseruatio vsusfructus est modus fictus traditionis, ibidem.

Per reseruationem vsusfructus transfertur rei dominium in alium ratione tituli præcedentis. numero 10.

Traditio ficta, quæ reseruationi vsusfructu inest, non est simplex, nu. 11.

Explicatur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 37. §. 1. num. 12.

Vsusfructus, qui ab emphyteuta nominante reseruatur, non est ius aliquod emphyteuticum, ibidem. sed potius illi contrarium. num. 13.

Reprobatur quædam opinio Lusitani Caldas. d. numero 13.

Reprobatur altera eiusdem Caldas opinio. nu. 14.

Nominans reseruando sibi vsumfructum, quamuis nominatus præmoriatur, iam amplius non potest nominare. ibidem.

Ad nominationem emphyteuticam cum reseruatione vsusfructus factam, requiritur, vt dominus directus certioretur. nu. 15.

Quando omne ius emphyteuticum in aliquem transfertur, requiritur domini certioratio. ibidem.

CAPVT XV.

An condicenti possessionem indebitè traditam, opponi possit exceptio dominij? & vtrum emphyteuta, qui nominauit reseruato sibi vsufructu, possit iterum nominare, si nominatio ei vsque ad mortem concedatur? supposito, quod translato omni iure emphyteutico in nominatum, non possit nominans amplius nominare, vt aliàs constituitur apud Lusitanos. Ord. lib. 4. tit. 37. §. 1. de cuius intellectu agemus.

1 
Vod attinet † ad primā quæstionem, respondet Alexand. in l. si alienā, nu. 8. ff. soluto matrim. posse à domino, cui rei propriæ possessio indebitè tradita est, exceptionem dominij opponi. Quem ibidem sequitur Lusitanus Petrus Barbosa, à nu. 35. & clarè, nu. 38. vers. secunda conclusio, vt videlicet, si per actionem personalem (concessam extra id, de quo actū fuit) agatur aduersus dominum possidentem, posse hunc opponere de proprio dominio.

Quod probant in primis ex regula l. repetitio, ff. de condict. indeb. & l. de hæreditate, C. de petit. hæredit. vbi cessat condictio, quando ex parte conuenti recipitur quod suum est.

Deinde magis in specie id comprobat Barbosa, vbi supra, nu. 36. ex l. si in area. 33. in secundo responso, ff. de condict. indeb. ibi: *Sed etsi quis, qui in aliena area ædificasset, ipse possessionem tradidisset; condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat.* &c. ergo condicenti possessionem indebite traditam, vtiliter opponitur exceptio dominij.

2 Verum † contrarium tenendum est; immo, quod si possessio indebitè tradita est, omninò repeti potest, seclusa omni exceptione dominij. Quam opinionem originariè expressit Ripa, in Rubr. nu. 5. ff. de interdictis. Zasius, in d. l. si alienam, nu. 10. Menoch. de recuper. remed. 2. nu. 8.

Quorum

Quorum sententia comprobatur, in primis, nam possessio nihil commune habet cum proprietate, l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acquir. possess. & ita possessionis causa seorsim potest considerari, vt possessio vnius, sit alterius dominium; & id supponunt termini nostræ quæstionis, vbi disputamus de possessione vero rei domino indebitè tradita, ergo perperam opponeretur exceptio dominij, quæ non minuit ius condicentis; aliter resoluendum foret, si possessio deberetur domino rei, vt inferius tangemus.

3 Deinde † id communiter suadetur ex l. 2. ff. de condict. triticaria, ibi: *Sed ita si dominus sit, qui deiectus condicat. Ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait*: Vbi agēs I. c. de condictione triticaria, videlicet personali ciuili ad recuperandam possessionem: inquit non obesse, quod condicens dominus nō sit, & consequenter supponens non posse opponi exceptionem dominij.

Nec minuit hoc fundamentum responsio Alex. d. nu. 8. quem sequitur Barbosa, vbi supra, nu. 35. in fine, qui resoluunt, propterea d. l. 2. ff. de condict. tritic. innuere exceptionem dominij non excludere condictionem, quia intelligi debet de dominio tertij, non verò de dominio conuenti, qui excepit: nam ista responsio meram continet cauillationem, & enormiter restringit generalitatem d. l. 2.

Vnde melius euitari posset argumentum d. l. 2. ex ijs, quæ tradit idem Alex. d. nu. 8. vers. loquitur tamen, vt videlicet, quando possessio peruenit ad dominum rei cum vitio, non possit ab eo opponi exceptio proprij dominij, iuxta l. si quis ad se fundum, C. ad leg. Iul. de ui publica, quamuis sit notoria, vt in profanis probat l. sequitur, §. si tu ui, ff. de vsucap. §. recuperandæ, in fine, Inst. de interdictis, l. 1. §. & parui, vbi Bart. ff. quod vi aut clam. Oldrad. cons. 1. nu. 10. Gabriel. lib. 5. commun. sub tit. de restit. spoliat. Conclus. 1. nu. 9. plures referens sequitur Barbosa, in d. l. si alienā, nu. 34. cum autem in terminis d. l. 2. constet de vitio possessionis, vtpote violenter oblatæ, nihil mirum quod exceptio proprij dominij reijciatur.

4 Tandem id † solet confirmari ex l. indebiti, 15. §. sed si comuni, ff. de condict. indeb. ibi: *Sed etsi possessionem tuam fecissem, ita vt tibi per longi temporis praescriptionem auocari non possit; etiam sic rectè tecum per indebiti condictionem agerem*; &c. vbi exceptio proprij dominij non impedit possessionis repetitionem.

Huic tamen fundamento facilè satisfit ex glossa, ibidem, verbo, agerem, quam in effectu sequitur Alex. d. nu. 8. Barb. vbi supra, nu. 35. quod nempè ille, qui dominium vsucapione quæsiuit, non sibi, sed possessionem tradenti quæsiuit, qui causam dedit possessione tradita, iuxta l. si alienam, 13. in princip. & l. qui alienam, 43. ff. de donat. causa mort. quo casu, vt optime aduertit glossa, d. verbo, agerem; non condicit simplicem possessionem, sed, rem pleno iure, cum eidem condicenti dominium quoque causaliter debeatur; vt innuit text. ibi: *Etiam sic rectè tecum per indebiti condictionem agerem*; &c.

Si tamen indebitum recipiens, de quo in d. §. sed si numi, aliundè, quam mediante possessione, dominium quæsiuisset, ita, vt adhuc possessio indebitè tradita censeretur, repeti omnino posset, quidquid generaliter contradicat Barbosa, d. nu. 35. ad finem. secus si iam debita possessio foret, quamuis per errorem traderetur.

Quamquam autem præfatis iuribus, quæ pro hac 2. sententia adducuntur, fuerit satis factum; illa tamen in se verissima est, vt euincit primum fundamentum, quando videlicet indebitè tradita est, & iustè pertinet ad tradentem, vt innuit Paul. Castr. in d. l. si in area, nu. 2. & Ias. ad finem, ff. de condict. indeb.

5 Nec obstant † quæ pro contraria parte supra sunt adducta: nam ad primum ex d. l. repetitio, & d. l. de hæreditate, (vltra quam oppositum videatur docere I. c. in l. si pœnæ, §. 1. ff. de condict. indeb.) responde in primis, præcitata iura procedere, etiam quādo dominiū, & possessio causaliter processit ab eo, cui repetitio denegatur, quo casu præcitati Doctores omninò admittunt liberam repetitionem; vt constat ex ijs, quæ tradit Alex. in d. l. si alienam, nu. 8. Barbosa, ibidem, nu. 35. ergò non rectè inde ducitur argumentum ad materiam subiectam.

Deinde in præcitatis iuribus non opponitur simpliciter de proprio dominio, sed potius de re sibi debitè recepta; contrarium innuentibus, si indebitum receptum esset, ergo apertè contra præcitatos patres retorquetur, vt videlicet, quando possessio indebitè tradita est, etiam a vero rei domino repeti omninò possit, nulla remorante dominij exceptione.

Cur autem in proximè relatis iuribus non possit repeti id, quod a vero debitore solutum non est, cum contrarium decidat d. l. si pœnæ, §. 1. ff. de condict. indeb. latè aptiori loco videbis in interpretamentis ad I. c. Africanum, quæ annuente numine, cum per tempus licuerit, euulgabimus.

6 Non † obstat tandem d. l. si in area, facilè namque respondetur, possessionem, de qua ibi agebatur, non esse indebitam respectu domini rei; quinimmo ratione soli debitam, vt exprimit text. ibi: *Nihil accipientis faceret*; &c.

&c. licet interim bonæ fidei possessor ratione expensarum rem potuisset retinere, §. certè illud, Inst. de rerum diuis. si tamen etiam per errorem possessionem tradat, non potest repetere, quia debitum tradidit: nam & expensæ factæ in solo alieno cedunt solo, §. ex diuerso, (cum vulgarib.) Inst. de rerum diuis. & consequenter illarum possessio statim domino rei debebatur: & iusto possessori expendenti sola retentio permittebatur, ad effectum consequendarum expensarum fauore bonæ fidei, d. l. si in arca, in fine.

Vnde colliges, quod quotiescuuque possessio debita est vero domino, licet à possessore retineri posset, tradita, omninò non repetitur; quamuis per errorem tradatur: quia error non facit indebitè traditum, quod à iure debitum est: si tamen indebitè tradatur per errorem, repetenda venit, iuxta supra dicta.

7 Quæ † resolutio vtiliter exemplificari potest in terminis l. si cum venderet, ff. de pignor. act. vbi sola possessio erat penes emptorem pignoris, qui iustè possidebat, etiam respectu veri domini, qualis adhuc erat antiquus debitor, vt patet ibi: *Sed & ipse debitor aut vendicare rem*; &c. iuncta l. in rem actio, ff. de reiuindicat. in quibus terminis, si prædictus emptor per errorem veteri debitori & simul uero eiusdem rei domino possessionem indebitè tradet, quia scilicet ipse debitor non vult vel non potest debitam pecuniam soluere (qua soluta licebat ab emptore remissam rem recipere) nemo dicet emptorem opposita à debitore exceptione dominij fore repellendum à possessionis condictione.

8 Obiter † notabis in hac materia, quantum à veritate recedat Barbósa, & plures, quos refert, in d. l. si alienam. n. 37. ff. soluto matrim. dum inquiunt possessionem semel amissam non posse repeti triticaria condictione, excepto casu furti, & violentiæ, de quo in l. 2. ff. de condict. tritic. quasi quod extra hunc casum non ad recuperandam, sed ad adipiscendam dumtaxat possessionem condictio triticaria competat: hoc namque falsum est, & ratio, cui innititur: Ex eo enim mouentur relati patres, quia sicut hæc condictio domino non datur extra duos casus, de quibus in l. 1. §. vlt. ff. de condict. triticar. ex ratione §. sic itaque, Inst. de actionibus: ita etiam nec ad possessionem, quæ sua fuit. Verum hæc comparatio est à disparatis: nã re dimissa, & penes aliquẽ tertium detenta, dominium remanet penes eundem dominum; ac proinde nihil, mirum quod esset condictio competente vindicatione. At possessione semel amissa, iam tunc non potest considerari in antiquo possessore, & quando petitur, non vt propria condicitur, sed vt debita tantum: vnde nihil mirum, quod etiam in hoc casu competat condictio triticaria ad recuperandam possessionem extra vitium furti, aut violentiæ.

Nec contrarium docet gloss. verbo, rem, in d. l. 1. ff. de condict. tritic. quidquid perperam existimet Barbosa, vbi proximę, glossa enim loquitur in seruitute, & in terminis, in quibus ius reale, vel dominium remanet in repetente; & ita cessat cõdictio triticaria. At possessio semel amissa non potest considerari eadem in amittente; & ideo non petitur res propria, sed debita.

Vnde illud notabile deducetur, quod in hoc casu (quando scilicet sumus extra casum furti, & violentiæ) potest concurrere condictio terticaria, cum Publiciana, quæ competit ad recuperandam possessionem casu amissam, iuxta tit. ff. de Publiciana, & §. namque si eui, Inst. de actionibus.

Ad secundam quæstionem.

9 

Nominationem † emphyteuticam ex se reuocabilem, non fieri in vita irreuocabilem per solam vsusfructus reseruationem, quamuis per totius iuris emphyteutici translationem fieri irreuocabilem putent, tenuerunt Lusitanus Caldas, in tract. de potestate nominandi, cap. 4. num. 30. & seq. in vers. sit igitur, Aluarus Valla- scusitem Lusitanus Senator. cons. 102. num. vltimo.

Mouentur hi patres ex eo, quia traditio secuta efficit irreuocabilem præcedentem nominationem suaptè natura reuocabilem, cum actui præcedenti conformetur, lege Lucius, 22. ff. de legatis 2. Latè comprobat Cald. dicto capitolo quarto, numero decimosexto, & decimooctauo, & tandem id peculiariter in nominatione concludit numero 22. At reseruatio vsusfructus est modus fictus traditionis, vt notatur in l. quod meo, ff. de acquir. possess. Gomez in l. 45. Tauri, numero 63. plurimos refert Caldas, dicto capitolo quarto, numero 31. ergo non debet plus operari, quam uera traditio.

Deinde id apud Lusitanos suadere videtur Ord. lib. 4. tit. 37 §. 1. ibi: *Traspassando em sua vida*; &c. iunctis sequentibus, ibi: *postoque para sy reserue o vsufruto*; &c. id est, quamuis sibi reseruet vsumfructum, &c. quibus uerbis ostendi videtur, non sufficere vsusfru-

ctus reseruationem; siquidem Lusit. legislator requirit trãslationem iuris emphyteutici, licet vsumfructum emphyteuta reseruet.

30 Ceterum † his non obstantibus, contrariũ verum est, immo sufficere solam vsusfructus reseruationem, vt totum ius emphyteuticum censeatur translatum, & consequenter irreuocabilis facta nominatio: nam certum est per reseruationem vsusfructus dominium transire mediante ficta traditione, vt probat text. iuncta gloss. in l. quisquis, C. de donat. Decius, cons. 432. nu. 1. Parisius, cons. 90. nu. 24. & cons. 88. nu. 95. lib. 3. Tobias Nonius, cons. 1. nu. 6. Gomez d. l. 45. Tauri, num. 63. ergo si emphyteuta nominauerit seruato sibi vsufructu, ius emphyteuticum, hoc est, dominium vtile necessariò transfert, & omnia iura inde pendentia, & consequenter constat irreuocabilem mansisse nominationem, quasi omni iure emphyteutico translato in nominatum.

Idque vlterius ratione suadeo, quia vsusfructus non potest dari in re nostra, iuxta l. tria prædia, ff. communia præd. princip. Inst. de vsufruct. ibi: *Vtendi, fruendi rebus alienis*; &c. ergo, qui vsumfructum reseruat, per necessarium antecedens, efficit rem alienam: vt vsusfructus consistat, si efficit alienam, iam rectè supponitur, ab emphyteuta vtile dominium, quod habebat, fuisse translatum: ne cogamur dicere reluctante iure apud vnum, eundemq; manere seruitutem, & dominium in eadem re; & ita apparet per solam reseruationem vsusfructus omne ius emphyteuticum transferri, & consequenter nominationem effici irreuocabilem, secundum Ord. d. §. 1. ibi: *Traspassando*; &c.

31 Nec † obstant, quæ supra in contrarium adduximus: nam ad primum respondetur, quod licet aliàs reuocabilis nominatio traditione secuta non fiat irreuocabilis, nihil tamẽ inde contra nos infertur; quia traditio vera, vel ficta, si simplex est, solum censetur facta ratione tituli præcedentis, vt probatum manet. At ficta traditio, quæ inest reseruationi vsusfructus, non est simplex, immo necessariò inuoluit translationem vtilis dominij, quod nequaquam potest manere in eodem emphyteuta, iuxta supradicta; ergo nihil mirum, quod per reseruationem vsusfructus fiat irreuocabilis. Nec inde argui potest, quod plus operetur traditio ficta, quam vera, id enim negamus: quia nos non dicimus reseruationem vsusfructus plus operari, quatenus traditio ficta est, sed quatenus supponit necessariò translationem vtilis dominij, propter incompatibilitatem seruitutis.

32 Non † obstat secundum ex ponderatione Ord. d. §. 1. ibi: *Postoque para sy reserue o fruito*; &c. nam ibidem non dubitatur, an per reseruationem vsusfructus, transferatur, vel non transferatur ius emphyteuticum: sed tantum discutitur, an aliquod maneat; & constituit Ord. d. §. 1. nullum ius emphyteuticum manere, quando in nominatione reseruatur vsusfructus, iuxta regulam l. rectè dicimus, 25. ff. de verb. signific. nam dominium vtile, in quo consistit ius omne emphyteuticum, translatum omninò est, quamuis vsusfructus maneat, vt probat Imp. in §. alienus seruus, Inst. de hæred. instit. ibi: *Alienus seruus etiam is intelligitur, in quo vsumfructum testator habet*; &c. decidit ergo Ord. quod eo casu, quo omne ius emphyteuticum fuerit translatum, nominatio manet irreuocabilis, quamuis reseruetur vsusfructus: quia adhuc verum est dicere, totum ius emphyteuticum esse translatũ, cum vsusfructus non sit ius emphyteuticum, sed potius conuentionale, promanans scilicet à partium conuentis. Et hunc sensum præstitit olim præstantissimus quidam Senator Lusitanus, quem refert Caldas, d. cap. 4. nu. 31. Constat igitur Ord. Lusitanam non dubitare, quin per reseruationem vsusfructus transferatur vtile dominium emphyteutæ; sed duntaxat decidere, ipsum ius vtendi, fruendi, quod remanet, non esse emphyteuticum: & ita magis iuuare nostram resolutionem, quam destruere, eo maximè, quia Ord. in d. §. 1. nõ præstat aliquam solennem verborum formulam circa translationem iuris emphyteutici, vt perperam aliqui opinabantur, quos meritò damnat Caldas d. tract. de potest. nomin. cap. 4. nu. 32.

33 Ex † quibus iam Primò infertur, lapsum fuisse doctissimum Caldas, dicto numero trigesimosecundo, dum inquit, quod ad effectum, vt quis per reseruationem vsusfructus censeatur transferre omne ius emphyteuticum, quod habet, requiritur, vt apponat aliquam dictionem taxatiuam, verbi gratia nomino Titium, & ex nunc mihi vsumfructum duntaxat reseruo: quasi tunc (ille inquit) censeatur cetera iura emphyteutica transferre, virtute taxatiuæ. Decipitur, inquam: quia per solam vsusfructus reseruationem, necessariò transfert vtile dominium, iuxta supradicta, & consequenter ius quodvis emphyteuticum ab illo vtili dominio profluens, vtpote accessorium; Si igitur per reseruationem vsusfructus necessariò excluditur vtile dominium, quod est fundamentale ius emphyteuticum, à quo cetera pendent, cur requiritur aliqua dictio taxatiua vltra dictam reseruationem.

Nec

Nec replicari potest, vsumfructum esse ius emphyteuticum, & ob id necessariam esse taxationem, vt illud tantum videatur relictum. Quia respondetur, non esse ius emphyteuticũ, nec competens emphyteutæ, qua tali, hoc est, tanquam domino vtili: nam iste vsusfructus, qui reseruatur, est ad instar seruitutis ex conuẽtione partium resultantis, vt inquit text. in d. l. recte dicimus, ff. de verb. obligat. Imp. in §. si cui fundus, Inst. de legatis, & distinguitur essentia ab eo, quem causalem dicimus, & quem plenus dominus exercet; & tanquam seruitus non potest simul stare cum dominio, d. princip. Inst. de vsufr. ergo non est ius emphyteuticum: siquidem non est in isto emphyteuta, tanquam in vtili domino, nec existere potest. Et cum constet, ius hoc vtendi fruendi non esse emphyteuticum, sed potius conuentionale, & vt probauimus, repugnans vtili dominio, & ab eo dependentibus, iam sequitur taxationem non rectè procedere, cum exclusorum, & remanentium non sit natura eadem; quanto magis, quod ipsa simplex vsusfructus reseruatio est exclusiua iurium emphyteuticorum, vt manifestè ostendimus.

14 Infertur † deinde, lapsum fuisse eundem Caldas, vbi supra, cap. 9. nu. 12. à med. vbi inquit, quod facta nominatione cum reseruatione vsusfructus, si nominatus prædecedat, non ipse, sed antiquus nominans possit iterum nominare. Hoc enim falsum est, quia cum iuxta supradicta per reseruationem vsusfructus totum ius emphyteuticum transferatur; translato autem omni iure emphyteutico, nõ possit, qui nominauerat, amplius nominare; sed potius nominatus. Ord. Lusitana d. lib. 4. tit. 37. in princip. Caldas, d. cap. 9. nu. 9. manifestè sequitur, prædictum nominatum in suum locum alium nominare posse; ac si ipse iam omnimodo emphyteuta esset.

15 Infertur † tertiò ad hanc nominationem, cum reseruatione vsusfructus, necessariam esse autoritatem domini directi, illiusque certiorationem: nam cum ad translationem iuris emphyteutici, requiratur dicta certioratio, tradit gloss. & Bart. in l. vltima, C. de iure emphyt. Imola, in cap. potuit, colum. quarta extra, de locat. saltem ad effectum, de quo Ias. in dicta lege vltima, numero 63. versiculo non obstat tertium fundamentum. Latè Lusitanus Cabedo, decis. 103 numero tertio, in primo tomo, & in prædictis terminis totum ius emphyteuticum transferatur, iuxta supradicta, sequitur necessariam esse dictam certiorationem.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu & materia §. optionis, Inst. de legatis, à nu. 1. per tot.

Triplex assignatur genus legatorum, in quibus electio continetur, nu. 2.

In legato generis, & alternatiuo electio est legatarij in dubio, ex voluntate tamen defuncti hæredi competit, nu. 3.

Obiter intelligitur l. Titio vsusfructus, 21. ff. de vsufr. legato. ibidem.

Legatum optionis quatenus tale, semper electionem tribuit legatario. ibidem.

In legato optionis electio venit principaliter, in alijs uerò consecutiuè. nu. 4.

Legatum optionis in se continebat conditionem, numero 5.

Conditiones tacitæ, si exprimantur, non faciunt legatum conditionale, nu. 6 quod declara, nu. 13.

Proponitur, & reprobatur Balduini interpretatio. num. 7.

Cur electio legati generici, & alternatiui hæredi leg. tarij de rigore semper competierit. nu. 8.

In legato optionis optimum eligi potest. nu. 9.

Explicatur l. vlt. §. 1. C. communi de legatis. ibidem.

Explicatur l. si hæres generaliter, ff. de legatis 1. num. 10.

Explicatur l. 2. ff. de opt. legata. ibidem.

In legato generis mediocre eligitur. ibidem.

In omni legato, pro quo electio competit, ante electionem non constat specialiter de re legata. nu. 11.

Triplex assignatur genus conditionum tacitarum, numero 12.

Conditio tacita, quæ inerat legato optionis, illud efficiebat intransmissibile. nu. 14.

Cur legatum alternatiuum, & genericum semper fuerit transmissibile, non obstante tacita conditione eligendi. nu. 15.

Quando legati alternatiui electio competit hæredi testatoris, legatum non est simpliciter transmissibile. num. 16. quod tamen notabiliter declara in summis legatis, vel tempore. nu. 17.

Explicatur l. si ita relictũ, 43. §. 1. ff. legatis 2. ibidẽ.

Altera ratio refertur, ob quam legatum optionis erat intransmissibile. nu. 18.

Explicatur l. illud, aut illud, ff. de opt. legata. num. 19.

Latè, & eleganter explicatur l. si domino, 99. ff. de legatis 1. nu. 20.

Explicatur l. si Pamphilo, 10 ff. de opt. legata, nu. 21. & seq.

Legatum generis in se purum est. nu. 22.

In legato generis, quod seruo relinquitur, potest dominus eligere. ibidem.

Optio serui est actus legitimus. ibidem, quod declara, nu. 23. in fine.

Obiter explicatur l. nemo alieno nomine 165. ff. de regulis iuri. d. nu. 22.

CAPVT XVI.

Ad Cæsarem in §. optionis, Inst. de legatis,



1 VBi ita † scribit Iustin. *Optionis legatum, id est, vbi testator ex seruis suis, vel alijs rebus optare legatarium iusserat, habebat olim in se conditionem, & ideo nisi ipse legatarius viuus optasset, ad hæredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra, & hoc in meliorem statum reformatum est; & data est licentia hæredi legatarij optare seruum licet viuus legatarius hoc non fecerit.*

Hoc documentum tacitè subintelligitur in constitutione l. vlt. C. communia de legatis, dum ibidem agitur de optione per hæredes facienda, de quo etiam agit Imp. hic, in vers. seq.

Verum contra Cæsarem facit primò l. si Pamphilo, 10. & lex illud aut illud, ff. de optione leg. vbi probatur, olim optionem in hæredes transmitti.

Deinde obstat, quia conditio, de qua hic, est tacita, vt patet ibi: *Habebat olim in se conditionem;* &c. & aliquos antiquos Codices id exprimere testatur Balduinus hic; idque vt indubitatum tradit Theophilus in præsenti. At conditiones tacitæ non impediunt trasmissionem, l. 3. ff. de legatis 1. ergo, &c.

2 Pro vera † explicatione huius text. præmittendum est, in iure triplex esse legatum, in quo optio, siue electio consideratur. Primum est, legatum generis, in quo datur electio, iuxta §. si generaliter, Inst. hoc tit. de legatis. Secundum est, alternatiuum, iuxta l. qui duos, 20. ff. de legatis primo & l. si is cui, 19. l. Lucio, 33. ff. de legatis 2. Tertiũ est, hoc, quod specialiter dicimus optionis, & hinc, prouenit, quod tria hæc legatorum genera continentur sub tit. de optione legata, vt de legato generis, in l. 2. l. si Pamphilo, 10. l. seruo generaliter, 12. & l. homine, 18. & de alternatiuo est text, in l. illud aut illud, ff. de opt. legata.

3 Inter quæ † legandi genera, prima differentia est, quod in primis duobus electio in dubio est legatarij, iuxta præcitata iura: aliquando tamen competit hæredi, l. si hæres generaliter, 110. ff. de legatis 1. l. hæredes, §. idem est, ff. fam. ercifcund. in alternatiuo est text. in l. si is cui, 19. ad finem, ff. de legatis 2. l. si vsusfructus, 14. quando dies legati. vbi legatarius eligit; aliquando tamen hæres, si id exprimitur à testatore, vt in l. cum ita legatum, 16. ff. quando dies legati; & ita debet accipi l. Titio vsusfructus, 20. ff. de vsufructu legato. Cuiac. ad Vlpian. in fragmentis, tit. 24. §. optione; At optionis legatum semper electionem legatario tribuit, & propterea dicitur optionis legatum, quasi ipsa electio legetur, vt patet ex hoc textu, & toto tit. ff. de opt. legata. Nec aliter à testatore disponi potest, quin alteretur natura huius legati, nisi in tertium dirigatur, iuxta l. vlt. § 1. C. communia de leg.

4 Deinde † in duabus prioribus speciebus electio venit tacitè, & consecutiuè: in optionis verò legato, venit principaliter, & expressè, vt eleganter innuit Vlpian. in Fragment. tit. 24. §. optione, explicat Anton. Faber, lib. 6. Coniectur. cap. 1. pag. penult.

5 Ex quibus infertur ratio, ob quam optionis legatum, in se continebat conditionem, quod vno tantum Digestorum loco significatur, scilicet, in l. si optio, 13. ibi: *Quasi purè*; ff. de opt. legata: nam cum electio ipsa legaretur, opus erat, vt legatarius eligeret, argumento text. in l. si ita legatum, 65 §. illi, si volet, ff. de legat. 1.

6 Ceterũ † illud facessit negotium, quod hæc conditio tacita est, vt probauimus: constat autem conditiones tacitas, etiamsi exprimãtur, non efficere actum conditionalem, vt expressit I. c. in l. 3. ff. de legatis 1. l. quod pure lego cum illud, §. 1. ad finem, l. si dies 21. l. si Titio, §. quedã, ff. quando dies legati, l. conditiones, 99. l. aliquando, 107. ff. de cond. & demonst. ergo per-

perperam docebat ius antiquum, optionem non transmitti.

7 Balduinus † hic, n. 7. fatetur quidem ex præ dicta regula transmissionem optionis legatæ non impediri: quasi conditio tacita transmissioni non obsit; ex eo tamen non transmitti optionem, quia personæ cohærebat.

Sed hæc Balduini responsio quoad primum membrum falsa est, ex infra dicendis, cum simpliciter procedat; quoad secundum verò, non satis stat: quia licet hæc electio cohæreat personæ, iuxta ea, quæ eleganter tradit Petrus Faber, lib. 2. Semestr. cap. 22. pagina antepenult. cum praeced. cum tamen in generali legato, & alternatiuo competat electio, & non alias quidquam legatum censeatur ante electionem: quia vtrique conditionem in esse ostendit I. c. in l. 3. ff. qui, & à quibus, notat glossa, verbo, duæ personæ, in l. si Pamphilo, ff. de optione legata, & nihilominus transmittuntur, vt in generali legato patet, ex d. l. si Pamphilo, & in alternatiuo ex d. l. illud, aut illud, ff. de opt. legata. Idem etiam in optionis legato dicendum videbatur.

8 Pro † huius igitur dubij enodatione aduerte primò, de transmissione electionis, quæ datur in alternatiuo legato, hæredem nequaquam queri posse; quia cum exprimatur à testatore res, ex quibus electio fieri debet, parum, aut nihil præiudicij habet; quod fiat ab hoc, vel illo eligente quælibet enim res eligatur, iam eadem apparet in legato expressa. Similiter in legato generico, siue electio competat hæredi, siue legatario, semper præstandum est, l. si hæres generaliter, ff. de legatis primo, cum alijs, de quibus Doctores in §. si generaliter, Inst. de legatis. & in l. legato generaliter, ff. de legatis primo, vbi videre est huius regulæ declarationes aut limitationes. Et in mediocri eligendo parum personalis industriæ requiritur: prope nihil enim refert, quod hæc electio ab vno, vel alterio fiat, cum solum diuersitas electionis debeat cadere in mediocre.

9 At † in legatis optionis, optimum eligi potest: hoc enim peculiare habet ista legandi modus: quia nihil, nisi ipsa eligendi facultas principaliter conceditur; vltra alios tradit Balduinus hic, num. 3. & ante eum tenuit Roger. Glossator antiquus, relatus ab Accurt. verbo, quem velit, per text. ibi, in lege 2. ff. de opt. legata, vt patet ibi: *Legatarius optabit, quem velit*; &c. Quidquid contrarium tenuerit Acurt. ibidem. verbo, ad legatarium optionis non posse eligere optimum, sed mediocre: mouetur que per text. in lege vltima, §. primo, C. communia de legatis, & dicta lege si hæres generaliter, ff. de legatis primo.

Verum Accurtij, & eorum, qui eundem sequuntur, opinio fragilis, & falso nititur fundamento: nam vltra quam quod sit contra dictã legem 2. ff. de opt. leg. in relatis verbis, vlterius suadetur ex facili solutione obiectorum: nam dicta lege vltima, §. primo quando mediocre eligi iubet, loquitur in terminis, in quibus optio, non ipsi legatario, sed alicui tertio defertur; quo non eligente, tunc ab Imperatore defertur legatario; quod quia nimis grauosum erat hæredi, iussit Imperator vt non optimum, sed id, quod mediæ æstimationis est, eligatur; vt ita onus, & commodum compensetur; vt satis clarè constituit Imperat. in d. §. primo, ibi: *Ipsi legatario videri esse delatam electionem, ita tamen, vt non optimum ex seruis, vel alijs rebus, quidquam eligat; sed media æstimationis: ne dum legatarium esse fouendum existimamus, hæredis commoda defraudentur*; &c. tradit alias Balduinus hie, num. 4. ergo si specialiter in illo optionis legato præcipit Imperat. ne optimum eligatur, sed mediæ æstimationis, satis ostendit, in optionis legato regulariter optimũ eligi posse.

10 Deinde † non obstat dicta lex si hæres generaliter, loquitur enim in legato generico, vbi, vt supra probauimus, mediocre eligendum est; quam differentiam eleganter innuit Vlpianus in l. 2. ff. de opt. leg. dum inquit: *Quoties serui electio, vel optio datur, legatarius optabit, quem velit; sed & homine generaliter legato, arbitrium eligend., quem acciperet, ad legatarium pertinet*; &c. vbi supposita æquiparatione, quam facit inter legatum generis, & optionis, vt in vtroque competat facultas eligendi legatario; vlterius nimis subtiliter tradit differentiam eligendi: nam in optionis legatario, dicit, posse eligere, quem velit: at in legatario generis, dicit, posse eligere, quem acciperet, hoc est, posse eligere mediocre, & quem merito potest accipere, licet non sit optimum: non enim sine mysterio I. c. mutauit loquendi modum in tam connexis decisionibus. Constat igitur ex dictis, in optionis legato optimum eligi posse.

11 Secundò † principaliter aduerte, quod in prædictis tribus eligendi generibus tacita conditio inest: nam interim dum legatarius non eligit, nihil adhuc in indiuiduo censetur legatum; patet ex Iuliano, ex lege cum is, 32. §. vltimo, ff. de condict. indeb. & ex lege 3. ff. qui, & à quibus, ibi: *Quodammodo singuli sub conditione legati videntur*; &c. & in legato generico, vel alternatiuo id ad oculum demonstratur; nec enim totum genus, nec vtrumq; alternatiuæ membrum censetur legatũ, sed alterũ dũtaxat, vt probat l. si illud, ff. de leg. 2. l. si Pamph. 16. ff. de opt. leg. l. cũ illud, ff.

quando dies legati, ergo electione opus est, vt constat, quod legatum est.

12 Tandem † principaliter aduerte, triplex in iure considerari posse conditionum tacitarũ genus; nam aliæ sunt à natura; veluti, si fructus, vel partus nascantur, l. 1. ad finem, ff. de cond. & demonstr. l. cum illud, 25. §. vlt. ff. quando dies legati. Aliæ à iure, vt in exemplis d. l. 1. in vltimis verbis, ff. de cond. & demonstr. l. aliquando, 107. infra, eodem tit. l. quod pure, 6. l. hæredis, 7. l. si dies 21. ff. quando dies legati. Aliæ denique, quæ non à natura, vel à iure, sed ex voluntate testatoris deducuntur, quasi minus esset scriptum, quam dictum, vt est conditio, si sine liberis, de qua in l. cum auus, 100. ff. de cond. & demonstr. l. epistolam, 75. §. vlt. ff. ad Trebell. vt ibidem intendit glossa vlt. & in d. l. si dies; Lusitanus Costa, in cap. si pater, 3. parte, verbo, obliqua, nu. 7. de testam. in 6. Aliud exemplum sit in d. l. quod purè, in princip. & in l. si legatum purè, ff. de adimend. legatis. Inter quas tacitas conditiones locum habet conditio, *si elegerit*, in legato optionis: nam illa conditio non oritur ex iuris dispositione, sed ex voluntate defuncti, quia cum id conferat in voluntatem legatarij, nihil mirum, quod conditio ex testamento subintelligatur, nõ verò extrinsecus à iure tantùm.

13 Inter prædictas † tacitas conditiones illud interest discriminis, quod priores duæ non efficiunt actum conditionalem, etiamsi exprimantur, iuxta supra relata iura, & l. 3. ff. de legatis, 1. & l. conditiones, 99. ff. de cond. & dem. vltima verò species actum reddit conditionalem, & consequenter intransmissibilem, text. clarus in d. l. quod purè, in princip. iuncta aduersatiua ibi: *At si extrinsecus*, &c. ff. quando dies legati, tradit Bart. in l. 1. nu. 4. ff. de regula Catonianæ.

14 Quibus sic † præmissis, iam infertur Primò, responsio ad supra positam difficultatem, vt scilicet propterea tacita conditio, de qua in legato optionis, efficiat legatum conditionale, & intransmissibile; quia prouenit ex testamẽto, voluntate videlicet coniecturata testantis, quod sufficit iuxta supra dicta in tertia specie tacitarum conditionum. Vnde, licet non adhæreret personæ, adhuc impediret transmissionem, contra Balduinum, hic, nu. 7.

15 Infertur † Secundò, ratio differentiæ inter electionem in legato generico, & alternatiuo, & electionem in legato optionis, attento iure antiquo, quoad transmissionem: nam licet vtrobique inuolueretur electio, vt ostendimus, tamen in legato generico, & alternatiuo electio tacita erat, & consecutiua; & insimul parum operabatur; cum vel circa certum, vel circa mediocre versaretur, iuxta supradicta: insuper non inducebat conditionẽ in ipso legato, sed in executione; vnde nihil mirum, quod transmittatur, & ita procedũt iura in l. si Pamphilo, 10. & l. illud aut illud, ff. de opt. leg. (quas supra contra Imp. hic adducebamus) ita etiam resoluit, licet rationem non reddat Iacob. Cuiac. in operibus posthumis, in l. serui electione, 5. ff. de legatis 1. Balduinus in præsenti, nu. 10. secus autem in optionis legato, vt inferius notabimus.

16 Hoc † autem, quod de alternatiui legati transmissione dicimus, intellige, quando electio competit legatario, vt regulare est, iuxta supra dicta. Si tamen à testatore tacitè, vel expressè concedatur hæredi, vt fieri posse ostendimus, tunc legatum alternatiuum non transmittetur, antequam hæres eligat, cum antea dies eiusdem non cedat, exprimit I.c. in l. cum ita, 16. ff. quando dies legati, sentitque text. in l. Titio, 21. ff. de vsufr. legato.

17 Quod † tamen declararem, ne procedat, quando electio datur hæredi in summis, vel tempore: nam iuris censura, semper summa minor, & tempus largius ab hærede censentur electa, vt inquit Pomp. in l. si ita relictum, 43. §. vlt. ff. de legatis 2. ibi: *Decem, aut quindecim hæres dato, pro eo est, ac si decem sola legata sint*; & ibi: *Post annum, aut biennium, post biennium videtur legatum*; in his enim speciebus etiam non eligente hærede, transmitti legatum puto; cum à iure certum, ac simplex factum fuerit, iuxta d. §. vlt.

18 Vt autem † ad legatum optionis reuertamur, illud intransmissibile est, & simpliciter conditionale: nam in eo venit electio principaliter, & insimul cum magno hæredis præiudicio, cum optimum eligi possit, iuxta supradicta. Et deinde conditio eligendi, quæ in eo subintelligitur, non solum respicit executionem legati, sed etiam legandi formam. Vnde nihil mirum, quod ipsum optionis legatum non transmittatur, attento iure antiquo.

19 Nec obstat † text. in d. l. illud, aut illud, ff. de opt. leg. ibi: *Vtrum elegerit legatarius*; &c. Quibus verbis etiam electio principaliter legata censetur: & consequenter idem tunc videbatur decidendum, ac in optionis legato. Sed contrarium deciditur. Respõdetur enim, prædicta verba non fuisse addita à testatore ad immutandam formam legati alternatiuẽ relictũ, sed tantum ad explicandam electionem, quæ in eo tacitè continebatur: vnde cũ ille, qui declarat, nihil addat, l. hæredes palam, §. si quid post, ff. de testam. sequitur, quod illud dumtaxat, quod suaptè natura legatum alternatiuum habet, id habeat expressa etiam

ſit etiam electione; & ſic ceſſat labor Antonij Fabri, lib. 6. Coniect. cap. 1. pagina vlt. in principio, vbi nulla cogente neceſſitate duplicem legendi ſpeciem in prædicta forma introduxit.

20 Infertur † Tertiò, intellectus ad text. ſingularem, in l. ſi domino, 99. ff. de legatis 1. vbi ita ſcribit Iulianus; *Si domino Stichus legatus eſſet, & ſeruo eius optio data; partem dimidiam Stichi dico ad dominum pertinere; quod poſſit ſeruus manumiſſus eundem Stichum optare;* Quibus verbis clarè oſtenditur, quod legatum domino relictum minuitur per legatum eiuſdem ſeruo relictum, cum immo augeri, non verò minui debuiſſet, argumento l. placet. ff. de acquir. hæredit. Verum id per accidens hic contingit, & merito; nam cum ex dictis conſtet, legatum optionis eſſe conditionale, hoc eſt, ſi legatarius elegerit, interim dum ſeruus non eligit, legatum in ſuſpenſo eſt; & cum ante electionem poſſit manumitti, & tunc eligere eundem Stichum domino legatum, & ita cum domino concurrere, l. ſi tibi, §. vnius, ff. de opt. legata. Propterea Iulianus decidit, à principio partem demidia Stichi ad dominum pertinere. Quod tamen intellige ad effectum, vt ipſe dominus poſſit ſtatim de ipſa dimidia ad libitum diſponere: nam ſi ſeruus, cui optio legata eſt in dictis terminis, poſtea manumiſſus diuerſum hominem eligat, tunc in ſolidum Stichus pertinebit ad dominum legatarium. Nec contrarium voluit Iulianus hic, quia ſolum dixit, de præſenti partem dimidiam pertinere reſpectu eius, quod poſtea contingere poterat: non tamen inficiatus eſt, poſſe totum Stichum pertinere, ſi ſeruus legatarius iam manumiſſus eundem Stichum ſpecialiter domino legatum non eligat.

21 Sed obſtat † maximè text. in l. ſi Pamphilo, 10. ff. de opt. legata, vbi idem Iulianus decidit, quod in legato generis (quod etiam ſupra oſtendimus electionem continere) poſt manumiſſionem ſerui legatarij, competit eiuſdem domino electio, ſi die iam legati cedente, manumiſit, aliàs minimè, vt text. docet ibi: *Dominus Pamphili poſtquam dies legati ceſſerit, eum manumiſiſſet;* &c. Ergo idem etiam videtur dicendum, quod dominus in terminis d. l. ſi domino, adhuc poſt manumiſſionem poſſit eligere alium ſeruum; & ita non ſolum ſecurum, & in ſolidum habere primum legatum, ſed etiam aliud inſuper adiungere. Nec reſponderi poteſt, in vtroque textu poſt manumiſſionem idem ius domino competere, id namque falſum eſt, cum I. c. in d. l. ſi domino, ſimpliciter aſſerat, partem Stichi ad dominum pertinere, quia manumiſſus ab eo ſeruus, poteſt eundem optare. Si enim I. c. intelligeret, etiam poſt manumiſſionem optare poſſe, non ita ſimpliciter decideret, partem Stichi ad eum pertinere, ſed potius diceret, tunc partem Stichi ad eum tantum pertinere, quando manumiſſo proprio ſeruo, ipſe optionem repudiaſſet, quia tunc poſſet ſeruus eundem Stichum optare.

22 Pro † concordia tamen reſpondendum eſt, propterea in legato generis etiam poſt manumiſſionem ſerui legatarij domino competere electionem, quia legatum in ſubſtantia purú eſt, conditioque eligendi in executione verſatur, iuxta ſupradicta. At legatum optionis in ſubſtantia eſt conditionale, reſpectu legatarij, ita, vt ipſe eligere debeat; vnde nihil mirum, quod ex eo electio domino non competat, iuxta §. factum, Inſt. de verbor. obligat. Accedit, quia optio ſerui eſt actus legitimus, l. actus legitimi, ff. de regulis iuris, hi autem actus per alium non expediuntur, niſi per illum, cui ſpecialiter competunt, vt eleganter probat l. nemo alieno nomine, 165. ff. de regulis iuris, ibi; *Lege agere poteſt;* id eſt, actum legitimum exercere; vt exponit Duarenus, ſub tit. de iudicijs, cap. de iudicibus datis, ante finem. Petrus Faber, lib. 2. Semeſtr. cap. 20. & cap. 22. pagina ante penult. cum præced. Eduard. Caldeira. lib. 2. variarum lect. cap. 1. nu. 2. Ex quibus manet conciliatio inter d. l. ſi domino, & d. l. ſi Pamphilo.

23 Vnde † obiter ſubinferes deceptum fuiſſe doctiſſimum Petr. Fabrum, d. lib. 2. Semeſtr. cap. 22. pag. antepen. dum tentat in legato generis optionem non poſſe fieri per dominum, ſed per ipſum ſeruum legatarium; & ad d. l. ſi Pamphilo, ibi: *Si quidem Titius ſeruum vindicauerit;* &c. reſpondet, intelligi hanc optionem mediante perſona ſerui fieri, & ita domino acquiri. Verum labitur apertè, & loquitur contra d. l. ſi Pamphilo, vbi manifeſtè dicitur, dominum vindicaſſe, & vlterius ante finem dicit, manumiſſione duas perſonas fieri, alteram domini, alteram ſerui manumiſſi; & principia iuris dictant, non poſſe nobis acquiri per eum, qui noſtro iuri ſubiectus non eſt; ergo perperam intelligit, optionem à domino fieri mediante perſona iam liberti, qui tantum ſibi acquirere poteſt, vt colligitur ex eodem textu, ibi: *repudiante* (ſcilicet Domino) *Pamphilus optare poteſt;* Nec electio in legato generis, eſt actus legitimus, de quo loquitur d. l. actus legitimi, quia eſt quid conſecutiuum, & reſpiciens tantum executionem, iam ante translato omni iure in dominum. Illa autem electio, ſiue optio, eſt actus legitimus, quæ principaliter per ſe ſtat, nec perſonam aliquo modo egreditur.

24 Illud interim † circa d. l. ſi domino, ff. de legatis

a

legatis 1. restat disquirendum, an post nouam Iustiniani Constitutionem in nostro §. optionis, habeat locum illius decisio? & videbatur cessare: quia cum legatum optionis iam sit transmissibile, nihil impedit, quo minus etiã domino talis optio acquiratur. Sicut etiam in l. vlt. §. 1. C. communia de legatis, illud etiam, quod alicui relinquitur sub electione alterius tertij, si tertius non eligat, legatario tunc eligere permittitur.

Ceterum ego contrarium puto, immo adhuc hodie legatum optionis in terminis d. l. si domino, in dominum non transire; nam Imp. tacitam conditionem non abstulit huiusmodi legato; sed tantum concessit, vt transmitteretur ad illos, qui legatarij personam repræsentant, quales sunt eius hæredes: illud addens, quod si in personam tertij electio conferatur, illeque nolit, vel non possit eligere, tunc ad legatarium deferatur, d. l. vlt. §. 1. vtrumque deficit in præsenti: nam nec dominus seruum repræsentat, cum seruus respectu domini, solius instrumenti vicem subeat, vt ostendimus supra, lib. 1. cap. 4. num. 27. nec itidem dantur termini d. l. vlt. §. 1. & eleganter innuit Imperat. in nostro §. optionis, ibi: *Hæredi legatarij*; &c. quasi scilicet, quod optio alij, quam ei, cui legata est, nequeat competere, si ipse legatarius adhuc optare possit, & ita ibidem cum iudicio tradit Balduinus nu. 11. stat ergo adhuc hodie decisio d. l. si domino.

25 Infertur † Quartò intellectus ad text. in l. si Eros, 2. ff. de opt. legata, ibi: *Fundus ad solum Seium pertinebit, quoniam aditæ hæreditatis temporeis solus erat, ad quem posset legatum pertinere*; &c. nam licet optione legata comprehendatur etiam res alij specialiter legata, secuta eiusdem electione, quasi à principio duobus legaretur, iuxta supra dicta: attamen si vni sit seruus purè legatus, & alteri serui optiò, sed, quod seruo legato relictum est, ad illum tantum legatarium pertinebit, cui seruus purè legatus erat: & licet idem seruus postea ab illo, cui optiò legata est, eligatur, id tamen nihil mutat, nec adimit à primo legatario, ex ratione, & similitudine, quam I. c. adducit in præsenti. Cur autem Iulianus in d. l. si eros, meminerit aditæ hæreditatis circa id, quod seruo legato relictum est, tradit idem Iulianus in l. cum legato seruo, 17. ff. quando dies legati, & Vlp. in l. hæredis, 7. supra. eod. tit. Nec variabitur prædicta resolutio, si legatarius optionis ante aditam hæreditatem eligat, ita vt adita hæreditate iam æqualiter concurrat cum primo legatario ad id, quod seruo legato relictum est; quia respondetur, talem optionem inutilem fore, iuxta text. clarum in l. optione, 16. ff. de opt. legata, ibi: *Non posse ante aditam hæreditatem optari; & nihil agi si optaretur*, &c. Deinde etiam nec tam celeriter post aditam hæreditatem optare potest, quin prius cesserit dies legati primo legatario, & lex ei detulerit emolumentum legati.

26 Sed adhuc † d. l. si eros, videtur oppugnari à l. si seruus, 21. ff. de acquir. rerum domin. ibi: *Quia seruum non possidemus*; &c. ergo videtur dicendum, diem legati seruo legato relicti, non ante cedere, quam post nactam possessionem, & consequenter circa illud relictũ potest vterque legatarius concurrere in propositis terminis. Attamen respondetur, text. in d. l. si seruus, non procedere in legatis, quorũ dominia recta via absque traditione transeũt. Ratio differentiæ est manifesta: quia cum in contractibus dominium non aliàs transferatur, quin traditio intercedat, l. traditionibus, C. de pactis, sequitur, vt dominium rei seruo nondum possessio traditæ, mihi acquiratur, quod vel mihi eadem res tradatur, vel seruus ille à me possideatur, vt mediante possessione serui, dominium consequar rei traditæ seruo, quasi (iuris censura) mihi traditæ. At cum relictum seruo legato, ad effectum vt eius dominium naneiscamur, non requirat traditionem, nihil mirum, quod dicat I. c. in d. l. si eros, & d. l. cum legato, quod statim adita hæreditate dies illius legati cedat, & acquiratur dominium legatario serui, cui illud relictum erat. Vnde subinfertur, quod si seruus legatus aliquid post aditam hæreditatem sibi stipuletur, aut per traditionem acquirat ex contractu, non ante legatarij fiet, quam si possessionem serui legati fuerit adeptus, iuxta d. l. si seruus, 21. ff. de acq rerum domin.

27 Illud, quod † diximus circa d. l. si Eros, adhuc hodie habet locum post decisionem nostri §. optionis: non enim simpliciter conditio sublata est, immo requiritur electio, vt antea, sub qua legata res est; solumque de nouo inductum est, vt non obstante conditione possit transmitti, vel aliter ipsa electio transferri.

28 Denique † dictam l. si eros, declara notabiliter, per text. in l. si optio, 13. in princip. infra. eodem tit. de opt. leg. nam tunc videtur idem seruus duobus specialiter, & in indiuiduo legatus: & consequenter ab adita hæreditate vtrique legatario dies cedit, & simul vterque concurret ad id, quod seruo legato relictum est.

29 Infertur † Quintò propterea Imp. in præsenti statuisse, & supposuisse in d. l. vlt. C. communia de legatis, optionis legatum transmitti posse, quia scilicet, vltra fauorem vltimarum voluntatum, quem vtrobique intendit; accedebat, quod licet conditio eligendi, quæ

tacita

tacita erat, ex voluntate defuncti orietur, iuxta supradicta: tamen voluntas testatoris, quæ ampliandi legati causa, & plus fauendi legatario, emanauit concessa optione, non ita illam conditionem strictè, & amarè videbatur amplecti, vt perperam, & contra illam Imp. nunc transmissionem per interpretationem impartiatur, & hinc proueniet, vt ego puto, quod si testator hodie talem conditionem, quæ aliàs inerat, expressisset, legatum maneret intransmissibile, sicut olim; probat Imp. in l. vnica, §. sin autem aliquid, C. de caducis toll. sequitur Balduinus hic, nu. 11. nam quæ conditio per interpretationem ab Imp. fuerat sublata, iam in his terminis constat suisse appositam animo adimplendi: & ita cessat locus interpretationi voluntatis.

30 Infertur Sextò ratio, ob quam legatum optionis non cadat super res alienas, sed tantum in res proprias testatoris, quidquid contradicat Balduinus hic, nu. 4. Nam cum ex dictis constet, illud dumtaxat intendisse testatorem in tali forma legandi, vt legatarius optet, hoc est, eligat rem vnam, quod quidem sonat in actualem eiusdem rei possessionem, non verò in æstimationem; sequitur non posse cadere in res alienas, iuxta verum intellectum l. vxor patrui, C. de legatis, de qua latè Hispanus Picchardo, qui alios refert in §. non solum, à nu. 28. Inst. de legatis. Quod vlterius probo: nam forma legati optionis, (prout legatario optio datur) concipiebatur ad modum legati vindicationis, vt patet ex l. apud Aufidium, 20. ff. de opt. leg. ibi; *Vestimenta, quæ volet, triclinaria sumito, sibique habeto*; &c. iunctis ijs, quæ tradit I. C. Caius, in Fragment. lib. 2. tit. 5. in princip. legatum autem vindicationis, in res alienas cadere non poterat, vt inquit Vlp. in Fragm. tit. 24. vers. per vẽdicationem. Caius, vbi proximè, Balduinus, nu. 1. in §. sed olim, vbi nouiores, Inst. de legatis, ergo; &c. Suadetur tandem hæc opinio ex nostro §. optionis, ibi: *Ex seruis suis*; &c. vbi ineptè adderetur particula, suis, nisi foret in exclusionem rei alienæ. Nec obstant verba sequentia, ibi: *Vel alijs rebus*; &c. Quæ non ad differentiam rerum opponuntur; quasi scilicet dicat Imperat. *Vbi testator ex seruis, vel alijs rebus suis*; &c. Suadetur itidem ex toto tit. Suadetur itidem ex toto tit. ff. de opt. legata, vbi nulla omninò fit mentio huius legati, ita vt cadere posse videatur in rem alienam, immo contrarium colligitur, vt actutum ostendemus.

31 **Hinc Primò † intelliges mentem Vlp. in l. 2. §. data, ff. de opt. legata, ibi: *Data igitur optione, si quis optauerit alienum seruum, vel hominem liberum, videndum est, an consumpserit optionem; & puto non consumi*;** &c. Vbi adeo verum supponitur, optionem legatam non comprehendere rem alienam, etiam in possessione iusta testatoris existentem, vt optio eius perinde sit, ac si facta non esset: quia cum ad id fiat, vt res ipsa electa acquiratur legatario, non vero eius æstimatio, si res optata fuerit aliena, non consumitur electio.

32 Intelliges † secundò mentem Labeonis in d. l. Apud Aufidium 20. ff. de opt. legata, ibi: *Quoniam res continuò eius fit, simul ac is dixerit, eum sumere*: vbi decidit, legatum optionis, eius esse naturæ, vt electione semel facta, statim dominium rei electæ transferatur, ergò manifestè inde ostenditur, tale legatum cadere non posse nisi in rem propriam testatoris: nam alienæ rei dominium inuito domino non transfertur ex dispositione defuncti, iuxta ea, quæ de legato vendicationis supra diximus.

33 Si quidem † incidimus in explicationem d. l. apud Aufidium, vbi facta electione statim dominium transfertur, non potui non reminisci I. C. Scæuolæ, in l. penult. ff. de opt. legata, vbi facta electione secundum dispositionem testatoris, ita vt id, quod electum est, censeatur legatum: tamen partus huiusce legati, & fructus, & vsus, ad legatariam post electionem non pertinent, cum dominio rei translato, hæc omnia ad legatarium pertineant, l. si tibi homo, §. cum seruus, ff. de legatis 1.

Verum optimè respondet Scæuola, si rectè perpendatur; nam retenta litera Florentina, ibi: *Ad filiam non pertinere*; cum qua magis ibidem resides Accurt. verbo, ad filiã, retenta etiam illa, ibi: *Cur ad matrem pro solido pertineant*; cum qua tamen non videtur manere gloss. ibidem, verbo, proponi. Aduerte, de duobus interrogatum fuisse Scæuolam in hypothesi illius text. quæ longa est, & clara; primum, an facta electione per matrem, ea, quæ ex his mancipijs ante nuptias nata sunt, ad puellam exhæredatam supra numerum decem mancipiorum, pertineant? Secundum est, ante nuptias eiusdem puellæ exhæredatæ, fructus, & vsus eorundem mancipiorum, an ad Semproniam matrem pertineant?

In primo quæsito negatiuè respondet Scæuola, scilicet ad puellam non pertinere. Mouetur ex voluntate tacita defuncti: quia visus est medium tempus ante nuptias puellæ considerasse, in fauorem hæredum, non uero legatariæ, iuxta regulam l. cum tempus, ff. de regulis iuris; & patet ex eadem l. penult. ibi: *Cum mancipiorum legatum in tempus nuptiarum testator transtulit; id quod medio tempore ancillæ enixæ sunt, ad filiam non pertinere*; &c. vbi notat

tat glossa, verbo, ad filiam. Voluntas autem tacita ex illis verbis colligitur, ibi: *Et si antequam nupserit, aliquod ex mancipijs decesserit, tunc in locum eius, arbitratu Semproniæ matris eius dari volo*; &c. Si igitur medio illo tempore mater & cohæres tenentur subrogare, siue submittere noua, in locum demortuorum capitum, videtur etiam id eompensandum cum lucro denuo enascentium fetuum, qui ad hæredes videlicet matrem, & filium (quorum etiam nimia coniunctio fauorem extroquebat) pertinere debent. Nec ratio illa dubitandi, quod scilicet dominium in legatarium esset translatum, aliquid facit in contrarium: tametsi enim statim transferatur, cum tamen medium tempus gratia hæredis apponitur, quidquid interim acquiritur, hæredum fit, iuxta præcitata iura.

In secundo quæsito ita respondit Scæuola; *Nihil proponi, cur ad matrem pro solido pertineant*; vnde putat gloss. ibidem, verbo, proponi, hoc ad filiam, de qua ibi, pertinere, & in hoc magis persistit, cum hanc sententiam vltimo loco referat. Verum hæc interpretatio est contra text. & ciuilem veritatem: nam si partus interim percepti (translato iam dominio ad filiam) ad eandem non pertinent: qui fieri potest, vt fructus, & vsus ad eandem pertineant. Et ratio, quæ in præcedenti quæsito suasit, vt partus penes hæredes maneret; eadem suadet, vt apud eosdem maneat fructus, & vsus. Propterea autem Scæuola dixit: non ad solam matrem pertinere, quia adhuc alius erat hæres institutus, scilicet filius, vt patet ex initio eiusdem textus, quasi dicat, partus, fructus, & vsus prædictorum seruorũ relictorum filiæ exhæredatæ, non ad solam matrem, sed etiam ad eius filium, & cohæredem pertinent pro rata, omninò exclusa filia legataria aliàs exhæredata.

34 Infertur † Septimò, legatum alternatiuũ vnicum esse, tam in mente testatoris, quam dispositione iuris, non verò plura, licet de pluribus rebus concipiatur: & resolui in id, quod vel genericè, vel optatiuè relinquitur, quod vnicum tantum est, quamuis à pluribus deducendum; idque ostendit clarè Celsus in l. si illud, aut illud, 27. ff. de legatis 2. ibi: *Vnum legatum est*; &c.

35 Verum † obstat maximè Iul. Paulus, in l. si quis seruum, 8. §. 1. ff. de legatis 2. ibi: *Sempronio decem, aut si noluerit, hominem Stichum dò, lego; hoc casu duo legata sunt, sed vno contentus esse debet*; vbi forma legandi alternatiua videtur, & consequenter vnicum dumtaxat legatum attenta iuris dispositione dici debebat, non verò duo: nec euitabit difficultatem, qui dixerit, verba illa: *duo legata*, adiectiuè esse sumenda, id est, duæ res legatæ, quasi mens I. c. fuerit ostendere, in alternatiuo plures res contineri, licet vnicum tantum legatum sit, iuxta supradicta.

Nequaquam enim satisfit huc responsioni, immò violat literam, nam Paulus manifeste vult, duo esse legata in prędicta dispone, non ratione rerum, sed ratione iuris: idque conuincit ibi: *Sed vno contentus esse debet*, &c. vbi dicendo, legatarium debere esse vno contentum, clarissime supponit, duo de iure præextitisse, quod certo tertius est in specie illius tex. & ex dicendis vlterius clarescet.

36 Supposito † igitur, quod in d. §. 1. duplex legatum reperitur; dicendum est, formam alternatiui legati, & concepti in terminis d. §. 1. esse diuersam: nam illud electionem requirit ad certitudinem legati effectualem. At conceptio d. §. 1. legatum purum continebat, ac simplex, quale erat decem. Solumque sequens legatum Stichi conditionale erat, videlicet sub conditione, si primum noluisset, ergo nihil mirum, quod duo legata dicantur, purum & conditionale: constat à contrario sensu, ex l. cum sine præfinitione, 19. ff. quando dies legati, ibi: *Non efficitur, vt duo legata sint*; &c. quia tamen sequens legatum conditionale non aliter competere poterat, quam repudiato puro, vel agnito puro, euanescebat conditionale deficiente conditione, propterea I. c. in d. §. 1. resoluit, ex mente testatoris vni tantum contentũ esse debere leggatariũ, innuit I. c. in d. l. cum sine perfinitione, ibi: *Vnum legatum intelligitur*; &c. Hæc autem species legandi, licet assimiletur alternatiuæ, diuersam tamen constituit, quæ dicitur transfusionis, seu translationis, iuxta text. in l. si penum, 24. ff. quando dies legati, vbi Iul. Paul. similem hypothesim assignat, collata tamen eligendi facultate in hæredem, & propterea asserit, primum legatum purum esse, & transmissibile, interim dum secundum purificata conditione deberi non cœpit.

SVMMARIVM.

Conciliatur l. 1. §. *si stipulanti*, ff. *de verb. oblig. &* §. *præterea*, *Inst. de inutilib.* à nu. 1.

In stipulatione etiam respectu summarum, requiritur omnimoda conformitas, nu. 2.

Quando datur difformitas in summis stipulatis, & constat de voluntate contrahentium, se omninò velle contrahere, stipulatio valet in minore promissa. ibidem.

Refertur, & reprobatur quædam concordia glossæ ad præfata iura. nu. 3.

Explicatur l. 1. §. *si quis simpliciter, verf. cum adijcitur*, ff. *de verb. oblig.* nu. 4.

Com-

CAPVT XVII.

Breues conciliationes inter Vlp. in l. 1. §. si stipulanti. ff. de verb. oblig. & Imp. in §. Præterea, Inst. de inutilibus, Et inter Imp. in §. si quis ancillas, vers. idem est, si fundus, Inst. de legatis. Et Paul. in l. si cui fundum, 5. ff. de fundo instructo. Et inter Vlp. in l. iuris gentium. vers. et ideo puto, ff. de pactis. Et Paul. in l. naturalis, 5. §. at cum do, vers. sed si dedi, ff. de præscript. verb. Et tandem inter Vlp. in l. 1. vers. nisi, ff. ad municip. Et Imppp. in l. exemplo, 36. C. de Decurionibus, lib. 10.

Ad Vlp. in d. §. si stipulanti.

1 INquit Vlp. † *Si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas: non esse contractam obligationem, nisi in decem constat, è contrario quoque, si me viginti interrogante, tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta. Licet enim oporteat congruere summam, attamen, manifestissimum est in viginti, & decem inesse.*

Huic documento è fronte refragatur Imp. in §. præterea, Inst. de inutilibus stipul. vbi magistraliter præcipit; *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat, veluti si quis decem aureos à te dari stipuletur, tu quinque promittis: vel contra;* &c. Cuius ratio generalis est, quia videlicet in stipulatione oportet dari conformitatem interrogationis, & responsionis, ne difformitas dissensum arguat in promissore, & animum se non obligandi.

Variæ sunt, quæ à Doctoribus passim adducuntur, interpretationes, quarum, si quæ falsæ non sunt, apertè diuinant, & ideo referre non vacat.

2 Quapropter † pro intellectu aduerte, I.c. in d. §. si stipulanti, non dubitasse, quin in summis quoque omnimoda, & specialis conformitas requireretur, vt patet ibi: *Licet enim oporteat congruere summam;* &c. quidquid ibidem contra putent ordinarij interpretes. Sed tantum dubitasse, in quo casu partes validè contrahere voluerunt: & promissor dissentiat in summa stipulata, an stipulatio valeat in maiori? Cui quæstioni respondet, decidens, quod quando stipulatio animo obligandi contracta est; & dissensum est in Summis; & dumtaxat dubitatur, in quantum teneat; nunquam in maiori valebit, sed in minori. Ratio est: quia in his terminis voluntas partium efficit, vt in maiori summa insit minor, quodammodo separatim. Et hoc vult I.c. in vltimis verbis, d. §. si stipulanti. Quod inde fit probabilius, quia I.c. in §. præcedenti, tradiderat, quoties aliquid additur, vel detrahitur obligationi, stipulationem nullam esse: nisi statim sequatur complacentia, quæ in nostro §. si stipulanti, non requiritur, quando agitur de summis: nam quin ilico sequatur complacentia, si mens partium est, validè contrahere, statim valet in minore, ex dicta speciali ratione, quæ in summis tantum militat.

3 Vnde Primò † infertur, regulam Imp. in d. §. præterea, in dubio procedere; at I.c. in d. §. si stipulanti, cum constat de partium voluntate se obligare volentium, & solum dubitatur de summa, quæ in obligationem venire debeat, & hinc corruit concordia glossæ, ibidem, verbo, non erit, dum in prima solutione inquit, Imp. in d. §. præterea, loqui, quando stipulator volebat, ne obligatio teneret, nisi in maiori summa; Cum immo non requirat vllam

iam probationem, aut coniecturam; sed tantum procedat in dubio, cum regulariter difformitas interrogationis, & responsionis corrumpat stipulationem, iuxta supradicta.

4 Infertur † Secundò, id non prouenire ex complacentia secuta, de qua in §. præced. egerat I. c. quidquid contra putauerint antiquiores referente Accurt. ibidem. verb. non erit, quos nouissime in priuatis Scholijs ad hunc text. secutus fuit quidam eruditissimus primarius professor Conimbricensis, qui iam fatis cessit: nam complacentia, vbi superuenit, efficit diuersam stipulationem, vt patet in §. præced. ibi: *Alia stipulatio contracta est*; &c. At in nostro §. si stipulanti, eadem semper stipulatio est, tam in veritate, quam censura iuris. Accedit, quia si ex complacentia valeret stipulatio alias difformis, non debebat valere necessario in minori summa, vt deciditur in nostro §. si stipulanti, sed in ea, quæ complacuisset, iuxta §. præced. vbi si ilico placet diuersitas, in eo, quod placet, tenet stipulatio.

5 Infertur † Tertiò, verus intellectus ad l. inter stipulantem, §. si stipulante, vers. diuersa, ff. eodem. tit. de verbo, vbi, licet in speciebus alternatiuè stipulatis, non valeat promissio in altera tantum concepta, nihilominus in summis alternatiuè stipulatis, valet promissio in altera. Ratio est: quia cum ille, qui petit decem, aut viginti, etiam, quando petit viginti, videatur decem petere, quæ iam separatim petierat, si eidem promittantur decem, valet stipulatio; ac si à principiò viginti essent stipulata, & decem essent promissa, quando constabat de voluntate promissoris volentis se obligare. Nec enim text. ibidem procedit in dubio; quod quidem absurdum existimandum non est: quia cum I. c. non aliud intendat, nisi differentiam inducere inter species, & summas alternatiuè stipulatas: quasi in illis responsio in vno membro, vitiet totam stipulationem: quamuis vtrinque animus celebrandi veram stipulationem interfuisset; secus verò, in summis; & ita quoad alia supponendi sunt termini habiles, l. qui testamento, 20. ff. de testament.

6 Infertur † tandem, falsum esse, quod doctissimus quidam primarius Conimbricensis in priuatis Scholijs ad text. in cap. vtile, de regul. iuris, asserebat, videlicet, I. c. in nostro §. si stipulanti, non decidere, quod in decem valet stipulatio, de qua ibidem agebatur; sed quod quando valeat, in decem tantum debet valere. Sed conuincitur ex eodem textu, ibi: *Non nisi in decem constitit obligatio*; &c. vbi ostenditur obligatio esse contracta, igitur de præsenti valet in aliquo.

Ad Imp. in §. si quis ancillas, vers. idem est, Inst. de legatis.



1 Nquit † Cæsar *Idem est, si fundus instructus, vel cũ instrumento legato fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.*

Verum maximè obstat Iul. Paul. in l. si cui fundum, 5. ff. de fundo instr. vbi ad Labconem ita scribit: *Si cui fundum, & instrumentum eius legare vis; nihil interest, quomodo leges: fundum cum instrumento; in fundum & instrumentum; an fundum instructum, Paulus, immò contra: nam inter ea legata hoc interest, quod si fundo alienato mortuus fuerit, qui ita legauit, ex hac scriptura, fundum cum instrumento, nihil erit legatum, ex ceteris poterit instrumentum esse legatum.* Supponit ergo in legato fundi instructi, si ipse fundus alienetur, instrumentum adhuc deberi contra Imp. vbi supra.

8 Variè † soluit Accurt. in hac l. si cui fundũ, & tandem concludit, Imp. loqui de instrumento fundi. Paulum verò, de instrumento patrisfam. quæ conciliatio nouioris non displicet. Sed profectò absurda est, & apertè contra tex. in d. l. si cui, ibi: *Et instrumentum eius legare vis*; &c. vbi proponitur quæstio in instrumento fundi; & resoluit I. c. multum interesse, hoc, vel illo modo legetur, vt ita debeatur, vel non debeatur alienato fundo: nunquam autem dubitari de instrumento patrisfam. potuisset, quod ad fundum non attinet.

9 Vnde † pro solutione in primis aduerto, Imp. hic, duas tantum species copulasse, scilicet, fundum cum instrumento, & fundum instructum; illam vero omisisse, quam Labeo, & Paulus in quæstionem adduxere, videlicet, fundum, & instrumentum; idque ex ratione, quam inferius subijciam.

10 Aduerto † deinde, Paulum, dum inquit, multum interesse inter hanc scripturam: *Fundum cum instrumento*; & illas, *fundum & instrumentum, & fundum instructum*; non resoluisse instrumentum in duabus vltimis speciebus indistinctè deberi alienato fundo. Sed tantum asseruisse, posse deberi, si videlicet intelligatur, non accessoriè legatum: nam prima species nullam recipit dubitationem, quando quis legat fundum cum instrumento, clarè enim ostendit, instrumentum accessionis vicem subire; & ita quoad hanc de plano procedit Imp. in d. vers. idem est. At in duabus sequentibus specie-

speciebus, ex forma legandi non ita constat, accessoriè venire instrumentum: immò dubitabile est, an instrumentum veniat æquè principaliter, ita, vt licet alienetur fundus, si tamen instrumentum eius maneat penes testatorem, adhuc legato contineatur; idque significant illa verba: *Poterit instrumentum esse legatum*; nempe, æquè principaliter, accessoriè enim semper legatum est: Idque clarius apparet in ea scriptura: *Fundum, & instrumentum*; vbi coniunctio illa (*&*) videtur principaliter inuolue re plura legata, iuxta communes iuris traditiones, de quibus glossa, verbo, plura legata, in l. scire debemus, vers. stipulationem, vbi notant omnes, ff. de verb. oblig. & propterea existimo. Imp. hanc legandi formam in præsenti omisisse: satis innuentem, in ea longe aliud resoluendum fore; saltem, non ita securè, sicut in reliquis.

11 Et quamuis † idem Imp. in illa specie, *Fundum instructum*, non dubitauerit legatum instrumenti perire, vtpote accessorium: sicut & Labeo, vt apparet ex princip. d. l. si cui fundum; id tamen non ita securè statuendum est, sicut in illa: *Fundum cum instrumento*: quia verbum hoc (*instructus*) tam significat instrumentum æquè principaliter cum fundo, quam fundum cum instrumento; & cum in aliqua significatione possit reincidere in hanc formā; *Fundum & instrumentum*: quæ aliquando conseruat legatum instrumenti datis terminis habilibus, scilicet, si concurrant aliquot coniecturæ, quæ id suadeant (quod non ita facile in d. forma, *Fundum cum instrumento*, contingere poterat) nihil mirum, quod dicat I. c. in d. l. si cui fundum, aliquando sustineri legatū instrumenti. Regulam tamen negatiuam, & merito ponit Imp. in d. vers. idem est.

12 Atque ita † mens Pauli est, quod licet regulariter alienato fundo, corruat etiam, & instrumentum: id tamen non indistinctè, & æqualiter in omnibus dictis formulis: nam in prima non est dubium, scilicet, *Fundum cum instrumento*. Et in hac concordant Imp. Labeo, & Paulus, vbi supra.

In ceteris verò potest legatum instrumenti sustineri, iuxta supra dicta, in quo indistinctè Labeo reprobatur à Paulo. Imperator verò declaratur quoad speciem fundi instructi legati, vt videlicet procedat regulariter. In vltima tandem, scilicet, *Fundum, & instrumentum*, quod possit legatum instrumenti subsistere alienato fundo, contra Labeonem tenet Paulus, & sentit Imper. iuxta supra positam considerationem.

Ad Vlp. in l. iuris gentium, vers. & ideo puto, ff. de pactis.

13 Inquit † Vlp. *Et ideo puto rectè Iulianum à Mauriciano reprehēsum in hoc, dedi tibi Stichum, vt Pamphilum manumittas: manumisisti: euictus est Stichus. Iulianus scribit, in factum actionem à Prætore dandam. Ille ait, ciuilem incerti actionem, id est, præscriptis verbis sufficere*; &c.

Sed obstat, quod idem Iulianus à Mauriciano, & Vlpiano reprobatus, approbatur à Paulo in ijsdem terminis, in l. naturalis, §. §. at cum do, vers. sed si dedi, ff. de præscripti verb. ibi: *Si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, Iulianus: si ignorans, in factum ciuilem*. Vel saltem Iuliani opinio non rectè refertur à Paulo.

14 Quapropter † omissa conciliatione Duareni in d. l. iuris gentium, vers. & ideo, quæ apta non est, aduerte, duplicem esse actionem in factum: alteram Prætoriam, vt in l. permisisti, 16. §. vlt. ff. de præscript. verb. ibi: *Nullam iuris ciuilis actionem esse Aristo ait; an in factum dari debeat, deliberari posse*; &c. Alteram verò ciuilem in factum, de qua loquitur d. l. naturalis, § at cum do, vers. sed si dedi. De eadem loquitur l. duo, 23. & l. qui seruandarum, 13. ff. de præscript. verbis.

Hæc autem ciuilis in factum, dicitur etiam præscriptis verbis incerti, iuxta d. vers. & ideo, & d. l. permisisti, & l. Titius, 24. ad finem, ff. eod. tit.

15 Aduerte † deinde olim omnes actiones à Prætore dari, etiamsi de iure ciuili competerent, vt probatur ex §. restituta, vers. post quod, Inst. de fideicommiss. hæred. vbi notatur. Vnde, non sequitur, à Prætore datur, ergo actio Prætoria est.

16 Quibus † præmissis, dic, Iulianum rectè reprehensum à Mauriciano, & reprehensionem probari ab Vlp. in d. vers. & ideo; nec in eadem specie à Paulo approbari eundem Iulianum, in d. vers. sed si dedi: nam in prius is potest responderi, Iulianum fuisse approbatum, dum dicebat, competere actionem in factum: tacitè tamen reprobatum, dum prætoriam esse putabat, & non ciuilem, id est, præscriptis verbis, vt Paulus dicit; & ita iam nō repugnat sibi inuicem Iulianus vtrobiq; relatus; quia sēper putabat, Prætoriam tantum in factum actionem concedēdam, sed dum à Mauriciano, & Vlp. simpliciter reprobatur, non ita reprobatur à Paulo, sed in eo tantum, quod dictam

Ff in fa-

in factum actionem Prætoriam esse intelligeret sicut aliàs apparet in l. si tibi, 13. §. Iulianus, ad finem, ff. de præscript. verb. ibi: *In factum putat actionem Iulianus dandam, id est, præscriptis verbis*; &c. vbi Vlp. dum probat Iulianum in concedenda actione in factum, forsan in alio tacitè reprehendit, dum illam non Prætoriam interpretatur, sed præscriptis verbis, id est, ciuilem.

17 Vel † aliter, & melius concilia citata iura, vt in d. vers. sed si dedi, Iulianus approbetur à Paulo, quando datur scientia dantis seruum alienum, ad concedendam actionem de dolo, & ad id tantum membrum citari; quando vero datur ignorantia, actionem ciuilem in factum concedit, non ex opinione Iuliani (qui contrarium sentiebat, iuxta d. l. iuris gentium, vers. & ideo,) sed ex sua contra Iulianum. Quod coniector ex eo: nam resoluens quæstionem sub distinctione post primum distinctionis membrum, Iulianum retulit: non vtique post secundum, cum tamen, si mens Pauli foret in vtroque probare Iulianum, deberet ita contexere orationem: *Si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem; si ignorans in factum, ciuilem, Iulianus scribit* sed quia falsum erat, vt patet ex d. vers. & ideo, propterea non in fine meminit Iuliani, sed post primum membrum distinctionis.

Et ita cessat repugnantia: nam Iulianus, qui à Mauriciano & Vlpiano reprobatur in dicto vers. & ideo, non approbatur à Paulo in d. vers. sed si dedi; immo, dum contrarium docet, tacitè videtur refellere.

18 Cur autem † I. consulti insistant in dignoscendo an actio Ciuilis, vel Prætoria sit, ostenditur ab Imp. in princip. Inst. de perpetuis, & temp. & passim alibi, quoad alios effectus.

Ad Vlp. in l. 1. vers. nisi, ff. ad municipalem.

19 INquit † Vlp. *Nisi forte priuilegio aliquo materna origo censeatur: tunc enim materna originis erit municeps, vt puta Iliensibus concessum est, vt qui matre Iliensi est, sit eorum municeps, etiam Delphicis hoc idem tributum, conseruatum est. Celsus refert Ponticis ex beneficio Pompei Magni competere*; &c.

Supposito igitur, quod filius patris, non matris originem sequitur, vt regulare esse probat d. l. 1. in princip. l. filios, C. de municipib. lib. 10. & ibidem gloss. verbo, non maternis, subiungit d. l. 1. vers. nisi, quod priuilegio, vel beneficio principis potest filius maternam originem sequi.

Sed refragantur Imppp. in l. exéplo, 36. C. de Decurionibus, lib. 10. vbi ita constituunt. *Exemplo Senatorij ordinis, patris originem vnus quisque sequatur, nec valeant specialiter delata re scripta, si quis se matris origine defensa à maiori curia ad minorē trāsferi fortasse promeruerit, neque vlla pro more prouinciæ referri sinatur exceptio*; vbi apertè infringūt Priuilegia, Rescripta, vel quælibet alia beneficia Principum, per quæ filios maternam originem sequi permittatur, contra d. l. 1. vers. nisi, & consequenter illius decisio iam non debet vlterius stare.

Variè soluunt Doctores, vt videre est per Scribentes in prædictis iuribus, & in cap. Raynutius. de testament.

20 Tu pro † conciliatione aduerte, in d. l. 1. vers. nisi, duo proponi, Primum quod ex priuilegio, vel beneficio Principis potest filius maternam originem sequi. Deinde id constitutum fuisse in filijs Iliensibus, Delphicis, & Ponticis.

Quoad primum notabile attinet, illud sine dubio perpetuum est: quia nunquam censetur Princeps, immò nec potest sibi adimere potestatem, ne queat in posterum aliquid ex iusta causa cōcedere, quod nec iure Diuino, aut Naturali reprobetur. Atque ita adhuc hodie non obstante d. l. exemplo, ex Priuilegio, Consuetudine, Rescripto, vel beneficio Principis, poterit filius maternam originem sequi, vt confirmatur ex ijs, quæ latè tradit Couar. lib. 3. var. resol. cap. 13. n. 4.

21 Circa secundum verò notabile, quod videlicet præfatis filijs competierit tale priuilegium, id potest Princeps ex causa adimere, & de facto ademere Imppp. in d. l. exéplo, vt patet ibi: *Delata rescripta*; & ibi: *Neque vlla pro more prouinciæ*; &c. per quæ non tollunt potestatem futuris Principum Rescriptis, vel moribus prouinciarū, ne filij vnquā ex iusta causa maternā sequantur originem: sed tantū ne priuilegia iam cōpetentia vel consuetudo præcedens aliquod robur habeant. Manet itaque correcta d. l. 1. vers. nisi, quoad exempla, quæ affert Iliensium, Delphicorū, & Ponticorum, ex d. l. exemplo Regulam tamen d. vers. nisi, nec Imppp. correxere, nec corrigere potuere.

22 Ad † quod maximè cōducit Ord. Lusit. lib. 2. tit. 35. §. 26. vbi circa donationis Regiæ coronæ ex lege mentali coarctandas legislator Lusit. infirmat omnia iura, Consuetudines Priuilegia, vel Stylum per quę tales donationes citra modificationes appositas in §§. præcedētibus donatarijs competerent Subijcitque in hæc verba: *Porem naõ era sua tencaõ tirar de sy o poder de dispensar com a ditta ley em parte, ou em todo*

todo, nos casos, em que Ihe parecesse iusto, & razoado, ou fosse sua merce. id est, attamen non intendit auferre à se potestatem dispensandi cum dicta lege, in parte, aut in totum, in casibus, in quibus ei videretur iustum, & rationabile, aut beneficio vti vellet, quod, & de iure inerat, quamuis non exprimeretur: atque ita ostendit, longe aliud esse infringere competentia priuilegia, aliud competibilia de futuro.

SVMMARIVM.

Agitur de interpretatione lege cum tabulis, 16. §. quoniam, ff. de his, quibus vt indign. à numero 1.

Relictum mulieri, ab eo, cum quo stuprum contraxerat, aufertur tamquam ab indigna. ibidem.

Relictum concubina libertina conditionis de iure ciuili omninò validum est, num. 2.

Cum liberta aliena licitus est concubinatus. ibidem.

Vbi concubinatus de iure permittitur, cessat stuprum. ibidem.

Explicatur obiter lex prima, versiculo, ego quidem, ff. de concubin. n. 3.

Ingenua mulier, de iure regulariter concubina esse non poterat, numero quarto, & in quibus casibus esse posset. ibidem.

Explicatur d. §. quoniam, versiculo cuius filiam, numero quinto, vbi reprobantur figmenta Accursii, & aliorum num. 5.

Reprobatur summarium Bartoli in dicto §. quoniam. num. 6.

Vbi concubinatus legitimus est, concubina vtiliter legari potest. ibidem.

Agitur de interpretatione legis Mauio. 41. ff. de legatis 2. à n. 7. & omnino, à n. 12.

Coniunctus verbis tantum, præfertur coniuncto re tantum. n. 8.

Refertur, & reprobatur quadam subtilissimi primarij præceptoris Conimbricensis interpretatio ad d. l. Mauio. n. 11.

Agitur de interpretatione legis si is qui, 6. ff. de vulgari, à n. 16. & omnino à n. 17.

Refertur, & reprobatur communis expositio. dicto numero 16.

Filius naturalis non potest capere ex testamento patris, dum adest soboles legitima. ibidem.

Vxor, quæ ex matrimonio nullos liberos sustulerat, ex testamento viri solam decimam olim capere poterat. n. 19.

Hac autem solidi capiendi in capacitas respiciebat dumtaxat testamentum viri. ibidem.

Legis Iuliæ, & Papiæ asperitas multis in casibus olim emollita fuit. n. 21.

Testamentum patris, & filij non censetur vnum & idem, ad inducendas leges Iuliam, & Papiam. ibidem cum seq.

Mulier, quæ post mortem viri intra triennium non nubebat, in capax fiebat factionis testamenti passiue. n. 23

Quando quis capere non potest ab vnius testamento, capere potest à testamento impuberis filij eius; si cessat ratio incapacitatis. n. 25.

Id quod hæres ex lege Iulia, & Papia capere non poterat, vel cohæredibus, vel venientibus ab intestato deferebatur. n. 26.

Pro parte testatus, & pro parte intestatus potest quis decedere, quando à iure hæres in capax solidi efficitur. ibidem.

Explicatur obiter lex prima, C. de secundis nupt. ibidem.

Maritus, qui hæres instituitur ab vxore, quæ prioris viri annum luctus non impleuit, vltra tertium bonorum incapax est, & accrescit cohæredibus, vel defertur venientibus ab intestato. ibidem vbi quoque damnantur opiniones quadam glossa. Incapax non acquirit fisco. ibidem.

Agitur de interpretatione, l. cum is, 32. §. qui hominem, ff. de condict. indeb. à nu. 27. & omninò à n. 35.

Refertur, & reprobatur quadam interpretatio eiusdem nouioris. à nu. 28.

Circa electionem respectu vtriusque membri alternatiuæ obligationis per errorem soluti, cuinam competeret, variarunt veteres Iuris consulti, & nouissimè conceditur debitori soluenti, numero 30.

In promissione generica nihil specialiter est in obligatione, sed in solutione, n. 33.

Explicantur, & conciliantur l. Mæuius, 66. §. duorum, ff. de legatis 2. & l. qui decem, §. Stichum, ff. de solutionibus, n. 34.

Verba, vi ipsa, apponuntur in vim dubitandi. ibidem.

Circa vnius, eiusdemque rei acquisitionem non potest duplex causa lucratiuæ concurrere, tam in vltimis voluntatibus, quam in contractibus. ibidem.

Legatum hominis in genere non potest impleri in eo, qui legatarij erat tempore conditi testamenti. ibidem, secus in promissione.

Explicatur & conciliatur l. si non sortem; §. si decem, ff. de condict. indeb. cum nostro §. qui hominem, nu. 36.

Etiam attento iure Digestorum qui debebat genus, & speciem alternatiuè: si per errorem aliquam generis speciem soluebat, poterat illam, si vellet, repetere. Regulariter tamen eo tempore electio creditoris erat. ibidem.

CAPVT XVIII.

Ad Papin. in l. cum tabulis, 16. §. quoniam, ff. de his, quæ vt indign. & ad Iauolenum, in l. Mæuio, 42. ff. de legatis 2. & ad Terent. Clementem, in l. si is, qui, 6. ff de vulgari, & ad Iulianum, in l. cum is, 32. §. qui hominem, ff. de condict. indeb.

Ad Papin. d. §. quoniam.

1 
VBi † lib. 8. responsorum, ita inquit: *Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur eius, qui concubinam habuit, quod testamentum relictum est, actio non denegabitur, idque in testamento Coccei Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi, maximi que Principes nostri iudicauerunt: cuius filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti cohæredem datam appellauerat, vulgo quæsitam apparuit.*

Incredibilia sunt deliramenta (si ita fas est loqui) quæ ordinarij interpretes hic confingunt, vt sensum Papiniano tribuant, qui ab eorum explicatione dissidet longissimè.

Manebit autem planus, si aduertas regulam, quam ipse proposuerat in l. mulierem, 14. ff. eodem tit. decidens, mulierem stupro cognitam, indignam effici, nec quidquam retinere posse ex testamento eius, cum quo stuprum contraxerat; contrarium innuens, si stuprum cessaret, licet cognita a testatore esset.

2 Quo † supposito, proponit in præsenti duos casus, qui prima facie in dictam regulam incidere videbantur. Primus erat, quando quis libertam alterius in concubinam assumit, & ratio dubitandi oriebatur ex l. 1. ff. de concubinis. ibi: *Ego quidem probo in concubina, adimendum ei connubium, si patronum inuitum deserat*, &c. Quasi etiam in concubinam alterius assumi nequiret: & consequenter stuprum contrahatur, & indignitas, vel etiam ex eo, quod liberta aliena esset, quam concubinam inuito patrono nemo assumere posse videbatur.

Verum Papin. nec stuprum committi, nec cōsequenter indignitatē contrahi in dicto casu decidit: nam siue liberta concubinatui patroni tradita fuerit, & ab ipso discedat, alij vt fit in concubinatu: siue concubinam se esse patroni nunquam patiatur, ab alioque vt concubina cognita fuerit, omnino capax est eorum, quæ ex testamento cognoscentis relinquuntur. Et mouetur ex eo, quia in his terminis stuprum cum ipsa non contrahitur, quod erat exceptio suprapositæ regulæ, dicta lege mulierem, & probat text. in lege prima, in princip. & in lege tertia, ff. de concubinis. vbi cum liberta etiam aliena concubinatus respectu cuiusquam licitus est de iure ciuili; & vbi concubinatus de iure permittitur, cessat stuprū d. l. 1. in fine princip. ff. de concubinis.

3 Nec † obstat eadem lex prima, in verbis supra in vim dubitandi adductis: quia cum lex in pœnam libertæ concubinatum patroni respuentis, eidem adimat cum altero connubium, vtpote pœnalis, trahenda non est ad prohibitionem etiam concubinatus, vt notant omnes, per text. in lege si verò, §. de viro, ff. soluto matrimonio. præcipuè, cum dicta lex prima expressim connubium taxatiuè adimat. Nec item quilibet prohibebatur alienam libertam in concubinam assumere, etiam inuito patrono, vt probat generalitas legis tertiæ ff. de concubinis.

4 Secundus † casus (quem Papinianus in confirmationem præcedentis adducit) est, quando quis ingenuam mulierem in concubinam assumit; & videbatur, quod tunc stuprum contraheretur, nec concubina esse posset, & consequenter respectu eius, qui eandem cognouerat, quod testamento relictum erat, actio deneganda foret: nam regulare erat, quod ingenua mulier concubina esse non posset ob pœnam stupri, lege prima verf. cum Atilicino, ff. de concubinis; & ibidem glossa, verbo, quam matremfamil. & verbo, stuprum non committitur, & lege 3. ff. eod. tit.

Quia tamen ingenua in pluribus casibus poterat esse concubina, tunc cessaret pœna stupri, vt ecce, quando damnata adulterij fuisset, d. l. 1. §. qui autem, ff. de concubin. vel quæ obscuro loco nata esset, aut corpore quæstum fecisset, aut quando cum testatione hoc manifestum faciente assumeretur, d. l. 3. propterea Pap. in d. §. quoniam, volens ostendere Rufinam, licet ingenuam, posse capere ex testamento Coccei Cassiani, subiecit præfatam Rufinam vulgo filiam quæsiuisse; quam idem Coccius Cassianus cohæredem nepti dederat, ita ostendens, Rufinam vulgasse corpus suum, & consequenter sine labe stupri potuisse cognosci, vel in concubinā assumi.

5 Vnde † liberandus venit versic. cuius filiam, à varia, ac multiplici confabulatione Accurtij, & reliquorum interpretum: qui omnes violant literam, & merè diuinant: putāt enim Accurt. filiam Rufinæ fuisse attentatā à

Coc-

Cocceio Cassiano: nam mentio filiæ, vt ex dictis patet, facta dumtaxat fuit, vt ostenderetur esse vulgo quæsita, & per antecedens necessarium matrem suam Rufinam corpus suum vulgasse: & ita, quamuis ingenuam, posse esse concubinam sine stupri suspicione, d. l. 3. quod erat intentum Papin. vt illam capacem rederet relictorum in testamento Coccei Cassiani; quod autem ibidem dicatur filiam Rufinæ fuisse à Cocceio institutā, id de facto enarratum est, vt obiter ostenderet grandem Cassiani affectionem in Rufinam, adeo, vt etiam eiusdem filiam, quæ vulgo quæsita erat, institueret sibi hæredem.

6 Infertur † etiam, quam absurdè Bart. & reliqui summariam cōclusionem deduxerint ex d. §. quoniam, dum dicunt, ibidem probari inimicitias inter legatarium, & testatorem prouenientes absq; culpa legatarij, non reddere indignum legatarium sibi relicto à testatore. Ratio autem damnandi summarij est, quia in hoc textu non agitur de patrono à propria liberta deserto aliquidque simul libertæ legante: sed potius de eo, qui alienam libertam inuito patrono in concubinam assumpsit, eidemque aliquid legauit, vt apertè text. demonstrat, & patet etiam exemplo Rufinæ, de qua in vers. idemque, vbi tota ratio dubitandi, non circa inimicitias aliquas, sed tantum circa labem stupri versatur; & tandem ratio decidendi non à causa inimicitiarum, sed à cessatione stupri deducitur vt patet ibi: *Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit*; &c. frustra igitur recurritur ad inutiles, & imaginarias inimicitias patroni. vnde summarium verè, ac vtiliter extrahi ita debet; secundum ius ciuile vbi datur legitimus concubinatus, concubinæ relinqui testamento potest, eidemque actio non denegatur.

Ad Iauolenum, in lege Mæuio, 41. ff. de legatis 2.

7 Vbi † lib. 7. epist. ita scribit. *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego. Eundem fundum Titio lego. si Seius decesserit, pars eius vtrique accrescit; quia cum separatim, & partes fundi, & totus legatus sit, necesse est, vt ea pars, quæ cessat, pro portione legati, cuiq; eorum, quibus fundus separatim legatus est accrescat.*

Obstat tamen maximè, quia cōiunctus, præfertur disiuncto, l. re coniuncti, 89. ff. de legatis 3. vbi notatur. At Titius erat re coniunctus cum Mæuio, & Seio discretiuè vocatis, ergo ad portionem Seij deficienten solus Titius, non verò simul Mæuius vocandus erat.

8 Vnde † Accurt. ibidē, verbo, Mæuio, soluit primò, dicens, Mæuium, & Seium fuisse coniunctos verbis. Sed reprobatur, quia tunc Mæuio, non verò simul Titio debuisset adcrescere portio deficiens: quia coniunctio verbalis præfertur coniunctioni re tantum, iuxta verum intellectum d. l. re coniuncti, vers. vlt. quidquid contradicat subtilissimus Ant. Goueanus, nobili origine Lusitanus, in tract. de iure accrescendi à n. 14. & alij.

9 Quapropter † Accurt. vbi supra, ex sententia aliorum inquit, Mæuium & Seium fuisse vocatos in eandem dimidiam coniunctim re, Titium uero esse coniunctum verbis, & ita vtrumque concurrere ad portionem deficientem. Verum & hæc interpretatio reprobatur ab Accurtio, ex suprapofito fundamento.

10 Tandem † ipse Acurt. putat Mæuium, Seium, & Titium, fuisse coniunctos re in fundo, vnde nihil mirum, quod Mæuius, & Titius concurrant ad portionem deficientem Seij. Ceterum Accurt. non probat coniunctionem; quinimmo text. ostendit disiunctionem. Deinde non explicat, an realis coniunctio omnium sit æqualis, ad effectum, vt æqualis sit portionis deficientis partitio.

11 Subtilissimus † quidem, ac doctissimus primarius Conimbricensis, in priuatis scholijs ad tit. de rebus dubijs, putauit, quod in terminis huius text. Titius tertius legatarius in effectu habet dimidiam, & Mæuius cum Seio alteram dimidiam: vnde in portione Seij deficientis debebat vterque concurrere.

Sed & hęc interpretatio nequaquam potest sustineri: quia licet fateamur tantum Mæuio, & Seio simul fuisse legatum, quantum Titio soli, nihilominus tamen Titius habebat integrum fundum nisi concursu Mæuij, & Seij partes fierent, l. plane, 34. §. si cōiunctim, vers. sed si, ff. de legatis 1. vltra alios notat Cuiac. ad Vlp. in Fragm. tit. 24. de legatis litera C. ergo non concurrente Seio illius pars debet accrescere Titio & Mæuio, sed potius non decrescere Titio tantum, cui totus fundus legatus fuit. Deinde, si prædicta explicatio supponit, Mæuium, & Seium fuisse coniunctos in dimidia fundi parte, partitio deficientis portionis Seij, non in partes æquales, sed inæqualiter fieret, cum tamen text. ostendant, esse æqualiter faciendam, vt probabimus.

Manet igitur penè insolubilis nodus, quem frustra dissoluere tentarunt antiqui, & recentiores interpretes, quos longum esset referre, ac refellere.

12 Ego† pro vera interpretione, aduerto, text. supponere, omnibus, videlicet Mæuio, Seio, & Titio fundum insolidum separatim legatū fuisse: nam in primis testator legauit Mæuio fundum, eundem postea Seio: & volens explicare, quod à iure inerat concurrente vtroque legatario, declarauit in hunc modum: *Mæuio fundi partem, Seio partem dimidiam lego;* quasi diceret, licet vtrique legauerim fundum separatim, ea tamen est mea mens, vt vtriq; per concursum in partes æquales præstetur. Vlterius processit testator, & eundem fundum Titio legauit; & quod hi fuissent termini huius text. patet ibi: *Mæuio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam*; &c. quæ verba præsupponunt alia, quorum distributionem operantur: illa enim oratio absque vlla copula, significat aliam præexistere copulatam, quam exponit, ac distribuit. Deinde idem probatur ibi: *Quia cum separatim, & partes fundi, & totus legatus sit*; &c. quæ verba demonstrant, eis, in quorum persona partes fundi sunt separatæ, totum etiam fundum fuisse legatum: nam mentio partium, & totius fundi, debet respicere eum, in quo dabatur ratio dubitandi, an eidem etiam portio deficiens competeret. Denique id euidenter probatur ibi: *Cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat*: vbi apertissimè supponit Iauolenus, omnibus fuisse separatim, & in solidum fundum legatum: & consequenter ortam æqualem, ac realem coniunctionem.

Quo supposito, quæsiuit I.C. an Seio decedente, eius portio deficiens adcrescat soli Titio (cui vltimo loco totus fundus legatus erat) an etiam Mæuio, (cui idem fundus cum Seio fuerat per testatorem diuisus, antea vtrique in solidum legatus) excitabat dubitandi rationem: quia licet fundus in solidum alterutri, scilicet Mæuio, & Seio legatus olim fuerit, postea tamen testator partes destribuendo videbatur eos separasse: ita vt iam non coniuncti re, sed potius omninò disiuncti censerentur: & ita vterque solum separatim coniunctus re, cum Titio vltimo legatario pro quarta parte maneret.

Qua dubitandi ratione non obstante, inquit Iauolenus, omnes esse coniunctos re, & æqualiter: quia testator partes exprimendo in Mæuio, & Seio, nil aliud voluit, nisi exprimere dispositionem iuris, quando videlicet vterque ad legatum concurreret, & ita in Mæuio, & Titio vltimo legatario par reperitur ius accrescendi.

13 Vnde † notabiliter infertur, quod in hoc textu Mæuius, & Titius, diuidunt fundum æqualiter, cum vtrique legatus sit in solidum, iuxta supradicta: non verò diuidetur fundus in quatuor portiones, & binæ ex dipositione testatoris competant Titio; vna verò Mæuio: & postea vltima quarta Seij deficiens, vtrique inæqualiter accrescat. Hæc enim diuisio ex iure accrescendi non potest contingere ex dictis: quia si datur coniunctio verbalis inter Mæuium, & Seium, alterutri tantum accrescit alterius portio deficiens, non verò simul Titio: realis verò non potest esse inter ipsos respectu dimidiæ partis, ergo, &c.

14 Infertur † deinde, quod si in hoc textu, Seius non decederet, immò peteret sibi legatam fundi partem, non dimidiam Mæuium, & Seiū laturos, Titium verò aliam dimidiam: sed omnes in trientes vocandos, quia scilicet vnicuique in solidum fundus legatus erat.

Nec obstant illa verba: *Mæuio fundi partē dimidiam, Seio partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego*; &c. nam supposito, quod idem fundus legatus fuerit in solidum vnicuique, & Mæuio, & Seio, assignatio partium in dubio non mutauit dispositionem iuris, sed declarauit eam, quæ regularis erat, & quæ sperari poterat Seio non mortuo; scilicet distributio per concursum in duos semisses. Cū autem insuper eundem fundum in solidum Titio legauit, non iam dimidiam Titio, & alijs duobus alteram dimidiam, sed iuxta primam dispositionem, vtrobique dato pari iure, omnes vocatos fuisse in trientes: & ita à singulis Mæuio videlicet, & Seio, qui iuris censura ad duos semisses vocati censebantur, dempto sextante, vocantur in trientes; & in alium, qui superest, recipitur Titius, cui fundus vltimo loco legatus fuerat. Et inde est, quod mortuo Seio, illius portio deficiens, trientem efficit, qui diuisus æqualiter, & superadditus trientibus Mæuij, & Titij, in vnoquoque efficit semissem.

15 Infertur † tandem, quod si vera esset opinio doctiss. Goueani supra relati, dicentis, in coniunctis verbo tantum, non dari ius accrescendi: & in nostro textu, per testatorem essent partes à principio assignatæ coniunctis verbo, sicut per Goueanum portio deficiens in verbo coniunctis maneret penes hæredem, ita manere deberet penes solum Titium, cui denique totus fundus legatus fuerat, quod text. negat. Nec valet argumentum Goueani, quod sicut debet accrescere legatario totius fundi, qui hæredi præfertur, ita debet pro ratione legati accrescere Mæuio, facto argumento de toto ad partem; quia replicamus, quod si partitio legati in Mæuio impedit omninò ius accrescendi ex voluntate defuncti, nulla portio debebat decrescere Titio, cui in solidum fundus legatus erat: quia vmbra Titij non debebat immutare dispositionem iuris,

ris, & voluntatis, quæ omninò ius accrescendi denegauerat coniuncto verbis tantum, quod tamen text. noster negat. Nostram igitur sententiam sequi debemus, contra doctiss. Goueanum.

Ad Terent. Clement. in l. si is qui, 6. ff. de vulgari.

16 Clemens † lib. 4. ad leg. Iuliam, & Papiam, ita inquit: *Si is, qui ex bonis solidum capere nō possit, substitutus sit ab eo impuberi filio eius, solidum ex ea causa capiet, quasi à pupillo capiat. Sed hoc ita interpretari Iulianus noster videtur, vt ex bonis, quæ testatoris fuerant, amplius capere non possit*; &c.

Frequenti calculo intelligitur text. iste loqui de filio naturali, vel spurio, qui in totum, vel in partem incapax est respectu parentum testatorum, vt ex multis tradit Lusitanus Costa, in cap. si pater, 2. parte, verbo, bona omnia, nu. 7. extra, de testam. in 6. latè Francisc. Caldas, in repet. l. si curatorem, verbo, sua facilitate, numero 23. C. de in integr. restit. minor.

Verum ista communis interpretatio falsa est. tum, quia text. supponit, istum substitutum esse capacem alicuius partis, licet non solidi, vt patet ibi: *Solidum capere*; &c. & ibi: *Vt ex bonis, quæ testatoris fuerant, amplius capere non possit*; &c. quod nec in naturalibus, vel spurijs filijs verificari poterat, non enim aliquid obtinent ex testamento patris, etiam naturales filij, quando datur legitima soboles, vt probat l. iubemus, 6. C. de naturalibus liber. constat autem in nostro textu extare filiū legitimum, cum eidem substituere potuisset pupillariter, quod non nisi legitimo patri, qui filium impuberem in potestate habet, permittebatur, l. 2. in princip. ff. de vulgari, princip. Inst. de pupill. substit.

1 Vnde † nostram l. si is qui, intelligimus in terminis legis Iuliæ, & Papiæ, iuxta inscriptionem I. c. Terentij, vt obiter intelligit Cuiac. ad Vlp. in Fragm. tit. 14. Eduardus Caldeira, lib. 4. variar. lect. cap. 3. nu. 17. Hispanus Pichardo, sub princip. Inst. de hæredit. quæ ab intest. in tit. de legitima filiorum naturalium successione, nu. 12. constat autem ex lege Iulia, & Papia cælibi, vel orbo, solidum capere non permitti, vt etiam tradit Tertullianus, lib. de Monogamia.

18 De duobus † igitur agendum è ad genuinā interpretationem nostri textus. Primum, ex quo capite secundum legem Iuliam, & Papiā, iste de quo in textu, solidum capere non poterat, aliquid autem posset? cum non possit intelligi de cælibe intra centum dies non nubente; nec de Latino Iuniano, qui ius Quiritium consecutus non est, vt ait Vlp. in Fragm. tit. 17. in princip. quia vterque tunc nihil capiebat: certum autem erat ex d.l. Iulia & Papia, aliquando solidum, aliquando aliquid, aliquando nihil capi posse, vt patet ex Vlp. d. tit. 17. cum duobus præced. & ex l. si seruus eius, ff. de aquir. hæred.

Secundum quæsitum; si ob dictas leges erat impeditus solidum capere ex testamento patris, quomodo potest ex dicto filij testamento? cum videatur idem impedimentum versari respectu cuiuslibet testatoris, & testamenti.

19 Prædictis † satisfaciens, quod interim coniectari licet, puto I. c. in nostro textu de vxore loqui, quæ cum in matrimonio esset, nullos liberos sustulit, & ex testamento viri solam decimam capere poterat vltra suam dotem ex lege Iulia, vt tradit Vlpianus titulo 15. ad finem. Si quis igitur ex primo matrimonio habuit filium impuberem, posteaque ad secunda vota conuolauit, ex quibus nullo liberorū relicto decessit: & secundam vxorem hæredem instituit, & substituit filio impuberi: quamuis dicta mulier ex bonis mariti testatoris solidum capere non possit, sed tantum decimam: nihilominus tamen ex substitutione pupillari solidum capere poterat: quia impedimentum illud solidi capiendi erat dumtaxat inter ipsos coniuges: non verò inter alias personas, vt colligitur ex Vlp. in Fragm. d. tit. 15. sentitque text. noster ibi: *Quasi a pupillo capiat*, vbi impedimentum esse solum respectu patris testatoris apertè innuit.

20 Vnde † ratio dubitandi huius text. erat, quod sicut d. mulier solidum capere non poterat ex lege Iulia, & Papia, iuxta supradicta: etiam ex substitutione capere non debebat; cum patris, & filij vnum, idemque sit testamentum, l. patris & filij, ff. de vulgari.

21 Attamen † cum asperitatem dictarum legum I. consulti conati fuerint emollire, vt tradit Iustinianus in l. vnica. in princip. C. de caducis tollend. & effectu ipso ostendit Terent. Clemens ad legem Iul. & Pap. in l. si quis solidum, 72. ff. de hæred. instit. l. sed si hoc, 62. in princip. & §. 1. ff de cond. & demonstr. & in l. quoties, 62. ff. ad lege in Falcid. & in simili tradit Eduard. Caldeira, vbi supra, nu. 16. merito & in præsenti coangustatæ sunt dictæ leges Iulia, & Papia, vt quoad ipsarum exclusionem, omnino diuersum censeatur testamen-

tum

tum patris & filij impuberis.

22 Et quia † tunc durum videbatur præfatas leges simpliciter coarctare in nostris terminis: hoc ita moderatur Iulianus (inquit Terētius in nostra lege,) vt ex bonis, quæ testatoris fuerant, amplius capere non possit, hoc est, ne per indirectum omninò fraudentur dd. leges (vt in simili dicitur in l. quod conditionis, 26. iuncta inscriptione, ff. de donat. caus. mort.) ex bonis testatoris solum capiet dicta mulier, quantum per leges Iuliam, & Papiam licet, siue ante, siue postquam ad pupillum peruenissent: solumque solidum ex bonis pupilli caperet, si talia bona aliundè pupillus adquisisset, vel exhæredato illi substitutio facta fuisset.

23 In hac † tamen specie respectu bonorum pupillarium adhuc obstabat aliud caput legis Iuliæ, & Papiæ, de quo Vlp. in Fragm. tit. 14. nam si vxor post mortem viri intra biennium, vel triennium (vt mauult Cuiac. super d. tit. 14.) non nuberet, dicta substitutio caduca fiebat: cum nihil capere posset à quolibet testamento, Vlp. d. tit. 14. & ibidem Cuiac.

24 Ex quibus † iam satisfieri potest secundo quæsito suprapposito: nam propterea mulier, de qua supra succedebat in solidum pupillo, non verò testatori, quia incapacitas solidi, solum erat respectu testatoris, iuxta supradicta: non verò respectu pupilli; vnde nihil mirum, quod cessante fraude, qui non potest succedere patri testatori propter aliquod impedimentum, succedat filio, si cessat impedimentum.

25 Et quamuis † iam hodie sint sublatæ tam cęlibatus pęnæ, quam decimarum perceptiones, iuxta l. 1. C. de infirmand. pęnis cælib. & decimar. subl. adhuc tamen hodie text. iste, id probabit, quod quando incapacitas succedendi vel in totum, vel in partem, consideratur respectu alicuius testatoris in particulari, ea quidem cessabit respectu filij impuberis eiusdem testatoris: si cesset fraus legis, hoc est, dummodò per indirectum id quod testatoris fuit, ad d. incapacem non perueniat.

26 Illud † autem, quod capere hæres institutus non poterat, prohibente lege Iulia, & Papia, vel ad cohæredes, vel si nullus alius hæres in eo testamento reperiebatur, ad legitimos pertinebat, vt in terminis earumdem legum tradit I.C. Caius. in l. si Titio, 55. §. 1. in vltimis verbis, ff. de legatis 2. non enim inconuenit, quem pro parte testatum, & pro parte intestatum decedere, quando id prouenit ex necessitate iuris. Vnde l. 1. C. de secundis nupt. dum in illis terminis marito solum concedit tertium bonorum, & eorum tantum eundem reddit capacem, siue instituatur in solidum, siue in illo tertio, reliqua bona ad legitimos peruenient, quidquid dicat Accurs. in l. ius nostrum, ff. de regulis iuris; & inde est, quod non requiritur, vt in omnibus bonis hæres scribatur: quia lex solius tertij reddit maritum capacem: & sicut ipsa partem excedentem defert legitimis hæredibus, d. l. si Titio, §. 1. in vlt. verbo, perinde ac si data non esset; idem necessario fateri debemus, quando non est data: nec enim requiritur dari, quod lex pro nō dato censet. Multo deterius opinatur glossa, dum putat auferendum tanquam ab indigno illud, quod tertium excedit; & fisco applicandum, motus argumento l. ex facto, 43. §. vlt. ff. de vulgari: nam maritus in terminis d. l. 1. respectu partis excedentis, non est indignus, sed incapax, vt patet ex d. l. Titio, §. 1. & ex omnibus iuribus supra citatis: nam lex iubet hunc amplius non capere, non verò permittit capere, vt ab eo auferatur: indignus autē capit, licet ab eo auferatur; & ita procedit d. l. ex facto, §. vlt. de quo latè egimus supra lib. 1. cap. 6. à nu. 7. & sat clarè id constituit d. l. 1.

Ad Iulianum in l. cum is, 32. §. qui hominem, ff. de cond. indeb.

27 VBi ita † scribit: *Qui hominem generaliter promisit, similis est ei, qui hominem, aut decem debet: & ideo si cum existimaret, se Stichum promisisse, eum dederit, condicet: alium autem quemlibet dando liberari poterit.*

Torquentur Doctores circa interpretationem huius textus, cùm aliàs dicat Celsus, in l. si is cui, 19. ff. de legatis 2. quod alterutro alternatiuæ membro soluto, licet per errorem amplius repetitio non datur; & in specie est Vlp. in l. si non sortem, 26. §. si decem, ff. de condict. indeb. vbi decidit, quod simul ac alterutrum ex membris alternatiuæ etiam per errorem soluitur, statim liberatio contingit.

28 Omissis † varijs responsionibus Doctorū, quæ apertè violant textum, restat tandem interpretatio cuiusdam nouioris subtilissimi Doctoris Conimbricensis (qui mortuus est) in scholijs ad hunc tit. dicentis, hic subintelligendos terminos habiles, vt æquiparatio genericæ, & alternatiuæ procedat: scilicet, vt quemadmodum soluto homine, qui antea in genere debebatur, putante debitore fuisse in specie debitum, competit condictio: ita etiam soluto vtroque alternatiuæ membro, competet repetitio debitori putanti per errorem, vtrūque debuisse: nec enim aliter debitori alternatiuæ competit repetitio; & ita valere argumen-

gumentum ab vtroque alternatiuæ membro soluto, ad speciem sub genere promissam, & per errorem tanquam specialiter debitam solutam.

29 Verum † implacabiliter tunc aduersatur Vlp. in d. l. si non sortem, §. si decem, in fine, ibi: *Quamuis vtroque simul soluto, mihi retinendi, quod vellem, arbitrium datur*; vbi vtroque alternatiuæ membro soluto, non debitori soluenti, sed creditori recipienti, & retinenti competit electio, ergo falsum supponit, præfata interpretatio.

30 Quapropter † pro solutione præmitte, olim I. consultos in varias scissos fuisse opiniones in hac materia, quando videlicet vtroque mēbro alternatiuæ per errorem soluto, cui nam electio competeret, debitori ne soluenti; vel creditori, qui receperat? vt latè proponit Imp. in l. penult. C. de condict. indeb. vbi refert Vlp. Marcellum, & Celsum putasse electionem esse creditoris, cui solutum fuerat; quod confirmat Vlp. in d. §. si decem, in contrarium autem iuisse Papin. & ante eum Iulianum, qui autor est nostræ l. cum is.

Et cum Imp. in d. l. penult. apertè sequatur opinionem Papin. & Iuliani, ex eleganti ratione, qua mouebantur, iam apparet correctam esse decisionem Vlp. in d. §. si decem, & Celsi in d. l. si is cui, ff. de legatis 2. dum vtroq; alternatiuæ membro per errorem soluto, con cedunt creditori electionem.

31 Hoc † rectè stat inter Vlp. & Imperat. Verum inter Vlp. in d. §. si decem, & Iulianum in nostro §. qui hominem, manet suprapofita difficultas: tum, quia alter alterum non poterat corrigere; tum etiam, quia dum a compilatoribus ibidem sub eodem tit. & penè successiuè relinquuntur, non est credendum, vt repugnantes reliquisse.

32 Vnde † secundo præmitte, Vlp. in d. §. si decem, & Imperat. dum illum, & eiusdem sententiæ sectatores reprobat, in d. l. penult. semper loqui, quando vtrumque alternatiuæ membrum speciale est, v. g. si Stichus, aut decem promittantur, & patet in d. l. penult. ibi: *Si quis seruus certi nominis, aut quantitatem quãdam solidorum*; &c. Iulianum verò in nostro §. qui hominem, loqui quando vnum alterna tiuæ membrum est genericum, vt patet ibi: *Similis est ei, qui hominem, aut decem debet*; &c.

33 Tertiò † præmitte, in promissione generis nihil specialiter esse in obligatione, sed in solutione, vt probat l. cum incertus, 13. ff. de legatis 1. & ibi eleganter tradit Bart. & reliqui, vbi resoluunt id videri relictum in legato generis, quod legitimè soluitur, notat gloss. in præsenti, verbo, qui hominem.

34 Nec obstat † Papin. in l. Mæuius, 66. §. duorum, ff. de legatis 2. ibi: *Hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet, vtque ab initio non constitit, in his, qui legatarij fuerunt, ita frustra soluitur, cuius dominium postea legatarius adeptus est*; &c. Nam obiter aduerte Papiniano obstare Marcellū, in l. qui decem, §. Stichum, ff. de solutionibus, ibi: *Sed ei, qui hominem dari stipulatus est, vnum etiam ex ijs, qui tunc stipulatori seruierant, dando promissor liberatur; vt quidem ipsa, & hic ex his dari stipulatus est, qui eius non erat*; &c. Et pro conciliatione diuinant interpretes, & aliqui corrigunt literam, mutando verbum, *vnum*, pro *num*, posita in fine interrogatione; Quasi tantum quærat I. c. an ex illis, qui tunc stipulatoris serui erant, aliquis sol ui possit? & decidat negatiuè in vers. vt quidem. Sed istæ correctiones suspectæ sunt, & omninò ablegandæ: in præsentique maximè incongruit: nam verba illa, *vt quidem ipsa*, non sunt decisiua, sed potius dubitatiua præcedentis decisionis: semper enim in vim dubi tandi adducuntur, vt apparet ex l. cogi, §. & generaliter, ff. ad S. c. Treb. l. si vnus, §. illud, ff. de pactis. Alciat. lib. 1. Parerg. cap. 28. & in specie Ant. Faber, lib. 2. Coniect. cap. 15. vbi etiam prædictam emendationem reijcit. Quod satis comprobat aduersatiua vers. sed ei, & ea, quæ in fine eiusdem textus dicuntur. Quamobrem breuiter dic Papin. in d. §. duorum, illam tradere speciem, in qua duorum testamentis homo in genere alicui relinquitur: & resoluit, si Stichus soluatur ab vno ex dictis testamentis: & idem Stichus desinat esse legatarij, quod iterum ab altero testamento solui non debet; ne videlicet circa vnum, & idem, duplex causa lucratiua effectualiter concurrat; cum in talem finem à legatario vendi possit, & per indirectum eiusdem æstimationem, & dominium consequi. Circa quod subiungit, eandem esse rationem stipulationis, vt videlicet in dictis terminis non valeat solutio in eo, qui ab alio promissore, vel qualibet alia lucratiua causa stipulatori postea acquisitus fuerit (excepto speciali casu l. si quis duos, in princip. ff. de solutionibus, suadente regula l. Arianus, ff. de oblig. & act.) vt inquit I. c. in l. inter stipulantem, §. si rem, ff. de verb. oblig. ibi: *Si rem, quam ex causa lucratiua stipulatus sum, nactus fuero, euanescet stipulatio*; &c. tradit Connan. lib. 6. Comment. iuris, cap. 4. nu. 3. nec in his terminis loquitur Marcellus, in d. §. Stichum, quod autem generaliter subnectit Papin. in d. §. duorū, vers. hominis enim legatum, specialiter procedit in vltimis voluntatibus, vt plenius obseruentur, l. in testamentis, ff. de regulis iuris: non ita in con-

contractibus, qui semper accipiuntur, vt facilior sit solutio debitoris, eique latior campus pateat, d. l. Arianus, ff. de obligat. & act. & propterea Papin. in d. §. duorum, post hanc rationem non subiunxit, eandem esse rationẽ stipulationis: quasi specialiter militaret in vltimis voluntatibus. Vnde ex d. §. Duorum, non colligitur simpliciter continere, sed tantum ad effectum de quo ibidem, vt videlicet, non possit præstari ea, quæ tempore testamẽti erat legatarij: vel quæ postea ipsius simpliciter facta fuerit ex causa lucratiua, quamuis esse desinat. Et inde est, quod etiam in vltimis voluntatibus legatum generis in ea tantũ specie verificatur, quæ legitime fuerit soluta, dummodo legatarij non fuerit. d. l. cum incertus, & ibi Bart. ff. de legatis primo, in quo parem esse rationem promissionis probat d. l. qui decem, §. Stichum. ff. de solutionibus: licet tunc etiam verificetur in ijs, quæ stipulatoris fuerant.

35 Quibus † præmissis, infertur vera interpretatio ad nostram l. cum is, §. qui hominem, & conciliatio cum d. l. si non sortem, §. si decẽ, supra, eodem tit. nam §. noster loquitur in alternatiua, cuius quoddam membrum erat generale (vt ibidem, licet subdubius tetigit Accurt. in gloss. 1.) in quibus terminis non procedebat contrarietas sectarum, de quibus supra egimus, & qua supposita, loquitur d. §. si decem, & d. l. si is cui, ff. de legatis 2. & ita si quis, qui aliquid in genere promisit alternatiuè cum certa aliqua quantitate, vel re; & vnã illius generis speciem per errorem soluat, putans illam debere, poterit repetere, quamuis, si tunc temporis nullum alternatiuæ membrũ esset genericum, non ita facilè repetitio concederetur; quia quidam ex I. consultis id denegabant, electionem creditori tribuentes; quidam verò concedebant, conseruata electione debitori.

Et licet mens Iauoleni in nostro §. qui hominem, fuerit, deducere rationem decidendi à sua opinione, & ratione, quam Pap. sequebatur, videlicet quod electio repetendi competeret ei, qui & dandi habuit (in qua etiam simpliciter & in vniuersum approbatur à Iustiniano, in d. l. penult. C. de condict. indeb.) & ita vers. & ideo, referatur ad primam speciem, de qua ibidem agebatur; nihilominus, dum in Digestorum corpus à compilatoribus redigitur, vbi & contraria sententia Vlp. & aliorũ reperitur, in d. §. si decem, & in d. l. si is cui, intelligitur procul dubio positus d. §. qui hominem, quatenus propter vnum membrum alternatiuæ genericum, præstatur electio debitori, ratione videlicet generalis promissionis, quæ ad specialem solutionem requirit, quod legitimè fiat, d. l. cum incertus, ff. de legatis 1. & hoc reliqui I. consulti agnoscunt, nõ vero ex speciali ratione, quæ proponitur in d. l. penult. ad finem, circa electionem alternatiui membri, quando vtrumque per errorem solutum est.

36 Secundum † quę in nostro §. qui hominem, (ex mente compilatorum) non deciditur esse electionem repetendi, quando certa species, vel quantitas alternatiuè promittitur, & per errorem soluitur; sed quando species aliqua per errorem ex genere alternatiuè promisso soluitur; & similiter idem resoluendum est, quando vtrumque membrum per errorem solutum est, tunc enim etiam attento iure Digestorum, competet repetitionis electio debitori respectu eius, quod propter generis promissionem soluit, ex supradicta ratione, non obstante d. l. si non sortem, §. si decem, ff. de condict. indeb. & d. l. si is cui, ff. de legatis 2. quæ loquitur de membris alternatiuæ certis, & determinatis à principio promissis.

Et ita si in terminis nostri §. qui hominem, debitor soluat decem, & simul speciem aliquã ex genere alternatiuæ promisso nunquam electio repetionis competet debitori respectu illorum decem, sed respectu speciei in genere tantum debitæ, idque propter d. l. si non sortem, §. si decem, & d. l. si is cui, quæ simpliciter, & absolutè proponebantur, & vigebant, aliter enim insolubilis resultaret antinomia, quæ neganda omninò in iure est, propter professionem Imp. in l. 2. §. contrarium autem, C. de veteri iure enudeando.

SVMMARIVM.

Latè agitur de intellectu l. 1. §. vlt. vers. patrem, ff. si quis a parente, à nu. 1. & præcipuè à num. 26. cum seqq.

Quid sit ius antiquum, quod sine manumissione habet pater præteritus in bonis filij emancipati. ibidẽ.

Querela inofficiosi non est remedium de iure ciuili, ibidem.

De inofficioso agere non potest, qui ad defuncti bona alio iure venire potest nu. 2.

Refertur, & reprobatur communis sententia, quæ patri præterito dabat bonorum possessionem contra tab. filij emancipati, si à nemine præcederetur; querelam verò si ab alio præcederetur. num. 3.

Refertur, & reprobatur Viglij, & alterius antiquioris interpretis sententia, putantium bonorum possessionem contra tabul. quæ patri præterito datur, posse concurrere cum querela inofficiosi, nu. 4.

Remedium bonorum possessionis contra tabul. & remedium querelæ, sunt contraria, ibidem.

Nemo

Nemo poteſt cumulare cauſam teſtati & inteſtati. ibidem remiſſiuè.

Nemo poteſt deducere in iudicium remedia contraria, vt pro vtroque obtineat. ibidem.

Antiquiſſimo tempore, quo vigebat emancipatio cum manumiſſione; patria poteſtate exibant ſine manumiſſione Flamen Dialis, & Virgo Veſtalis num. 5.

De Flaminum Dialium, & Virginum Veſtalium religione, praeceptis, & reliquis attinentibus. ibidem remiſſiuè.

Cur praedicti ſacerdotes capite non minuebantur, n. 6.

Quomodo ſum. Pontifici in his poteſtas acquirebatur. ibidem. Flamen Dialis, & Virgo Veſtalis Chriſtiano monacho, & moniali reſpondent, & ab illis, ad hos licet argumentari. n. 7.

De ratione, ob quam monachi ſeruis aequiparentur. num. 8.

Cur non poſſit monachus teſtari. ibidem.

Cur non poſſit monachus teſtimonium dicere. ibidem.

Monachus eſt ſeruus extra commercium; nec poteſt vendi ob cauſam famis, & neceſſitatis monaſterij. ibidem.

Reprobatur quaedam opinio Bart. & aliorum, putantium monachum aliquando filio aequiparari, quo ad acquiſitionem, n. 9.

Monaſterium habet dominicam poteſtatem, & poſſeſſionem in monacho. ibidem.

Oſtenditur veritas, & ratio communis ſententiae, quae quoad acquiſitionem monachi, attendit capacitatem monaſterij. n. 10.

Reprobatur ſententia eorum, qui putabant, monachum retinere iura ſuitatis. n. 11.

Declaratur l. Deo nobis. §. 1. C. de epiſcop. & cleric. ibidem.

Monachus haereditatem paternam non aditam non tranſmittit, ibidem.

Monachatus Chriſtianus patris, & filij tollit ius patriae poteſtatis. n. 12.

Clerici per clericatum non exeunt patriam poteſtatem, num. 13.

Quomodo filius, filia, vel ceteri liberi olim exibant patriam poteſtatem per emancipationem: & cur capite minuti dicebantur, n. 14.

Filius inter emancipandum praeteritus agnatione rumpebat teſtamentum, n. 15.

Explicatur l. verum, 8. §. filia, ff. de iniuſto, rupto. ibidem remiſſiue.

Quae dicatur apud Vlp. agnatio manumiſſione facta ibidem.

In emancipatione filij triplex olim capitis diminutio incompleta reperiebatur, num 16.

Per quamlibet ex illa trina emancipatione, quae requiritur ad tollendum ius patriae poteſtatis in filio, amittebatur actualis patria poteſtas, num. 17.

Reprobatur quaedam Duareni opinio circa differentiam agnationis, & quaſi agnationis. ibidem.

Pater, qui emancipabat, non contracta fiducia, non habebat ius legitimum in bonis filij, nu. 18.

Solus extraneus manumiſſor erat cognitus de iure ciuili. ibidem.

Pater emancipans contracta fiducia legitimo iure ſuccedit in bonis filij, nu. 19.

Quid ſit emancipare contracta fiducia. ibidem.

Filius emancipatus contracta fiducia liberti ſpeciem induebat. ibidem.

Pater legitimus tutor efficiter filij emancipati; & de ratione, num. 20.

Intelligitur, & emendatur Vlpianus in Fragment. titulo 11. §. qui liberum, contra Cuiac. numero 21.

Explicatur Rubr. ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſus, n. 22.

Pater praeteritus à filio, quem poſt emancipationem manumiſerat, habebat bonorum poſſeſſionem contra tabulas ad ſimilitudinem patroni. ibidem.

Patronus non amittit ius ſuum in bonis liberti per obreptionem arrogati, n. 23.

Auus manumittens nepotem, habet in eiuſdem bonis bonorum poſſeſſionem, quamuis patri naturali ſe arrogandum dederit, & apud eundem deceſſerit. ibidem.

Declaratur obiter l. ſi paterfam. 15. ff. de adopt. ibidem.

Licet filius poſt emancipationes à patre manumiſſus liberti ſimilitudinem in aliquibus redoleat, non tamen libertus eſt, ſed ingenuus ſemper, numero 24.

Explicatur Vlp. in l. 1. §. alienatio, ff. quando actio de peculio eſt annalis. ibidem.

Notatur gloſſ. verbo, manumitti. in l. 2. ff. de offic. Proconſul. ibidem.

Modus emancipandi contracta fiducia reſecatur à Iuſtiniano reſeruato tamen iure inde reſultantis. numero 25.

Non ineleganter explicatur lex Pantonius. 3. ff. ſi quis à parente. n. 27.

Oſtenditur vtilitas agendi potius remedio bonorum poſſeſſionis contra tabul. quam querela inofficioſi teſtamenti, n. 29.

Pater, qui filium contracta fiducia emancipauerat, praeteritus, non poteſt queri de inofficioſo teſtamento, n. 30.

Explicatur l. pater filium, ff. de inoffic. teſtam. numero 31.

Pater contracta fiducia emancipans praeteritus, etiam ſi liberi exhaeredati defuncti extitiſſent, ſtatim tamen vti poterat bonorum poſſeſſione contra tabul. nu. 31.

Vtrum, hodie bonorum poſſeſſio contra tabul. vel querela inofficioſi competat patri praeterito, ad bona filij emancipati, num. 32.

CA-

CAPVT XIX.

Ad Vlpian. in l. 1. §. vltimo, verf. patrem autem, ff. si quis à parente manumiſſus fuerit.

1 
Cribit † Vlpianus, *Patrem autem accepta contratabul. bonorum poſſeſſione, etiam ius antiquum, quod & ſine manumiſſione habebat, poſſe ſibi defendere*; &c.

De hoc iure antiquo, cuius meminit Vlp. circa eius cognitionem variè ariolatur gloſſ. ibidem, verbo ius, cuius interpretationes apertè diluentur ex ſeqq.

Viglius ſubtili vir ingenio, in princip. n. 6. Inſt. de inoff. teſtam. interpretatur ius antiquum pro iure querendi de inofficioſo teſtamento. Cuius ſententia in hoc veriſſima videtur; nam ante ius ciuile ſcriptum Romanorum, conſenſu quodam populari ius iſtud parentibus competijt, vt innuit l. non putauit, 8. ibi: *Sicut nec iure ciuili teſtamentum parentum turbant; ſane ſi velint inofficioſi querelam inſtituere*; &c. vbi ius querendi de inofficioſo, non eſſe ortum à iure ciuili manifeſtè oſtenditur: quamuis lege Glicia introductum ſine efficaci aliquo argumento atteſtetur eruditiſs. Cuiac. lib. 2. Obſeru. cap. 21.

2 Hoc † ſuppoſito, grandis ingruit difficultas: nam text. noſter. in dicto verſ. patrem, oſtendit patrem præteritum, qui filium emancipauerat contracta fiducia, hoc eſt, cum manumiſſione, habere bonorum poſſeſſionem contra tab. ſimul & ius querendi de inofficioſo, cum tamen Imp. contrarium generaliter ſtatuat in §. tam naturales, Inſt. de inoffic. teſtam. ibi: *De inofficioſo teſtamento agere poſſunt, ſi nullo alio iure ad defuncti bona venire poſſint*; &c. ergo ſi pater manumiſſor iure patroni præteritus bonorum poſſeſſionem contra tab. habet filij emancipati: non poterit de inofficioſo agere, quamuis maximè velit.

3 Doctores † communiter putant, vtrumque remedium non poſſe concurrere; & reſoluunt, quod ſi pater præteritus non præceditur in ſucceſſione filij emancipati, habet bonorum poſſeſſionem contra tabulas: ſi verò præcedatur, tum ſuo loco de inofficioſo queri poteſt, vt tradunt per text. ibi, in l. pater filiū, ff. de inoff. teſtam. vbi Bart. in repet. & lect. Pauli, n. 24. Iacobin. n. 19. Alber. qui communem teſtatur, & alij relati à Menchaca. de ſucceſſ. creat. lib. 3. 2. parte, §. 30. nu. 141. vbi aliter intelligit d. l. ſi pater.

Cæterum hæc communis reſolutio non ſatisfacit noſtræ l. 1. §. vlt. verſ. patrem. Deinde text. in d. l. pater filium, nullam differentiam conſtituit circa remedium competiturū parenti præterito, ſiue præcedatur, ſiue non præcedatur ab alio in ſucceſſione; ſed loquens de ſimplici querela, decidit, quod tamdiu in ea ſilere debet pater præteritus, quamdiu alius potior in ſucceſſione reperitur, præcipuè, quia pater, quamuis præcedatur ab alio habet bonorum poſſeſſionem contra tabul. vt inferius notabimus.

4 Vnde † Vigl. vbi ſupra, nu. 5. putat, patrem præteritum, ſiue præcedatur ab alio, ſiue non; eum filium contracta fiducia emancipaſſet vltra bonorum poſſeſſionem contratabul. habere etiam querelam inofficioſi, motus per noſtrum verſic. patrem, & ante eum tenuit alius, quem refert gloſſa, verbo, ad querelā, in l. pater filium, ff. de inoff. teſtam. & confirmat ſuam opinionem (ſatisfaciendo obiectioni, quam deduximus ex d. §. tam naturales) quod pater tunc duorum ſubit vicem, patris videlicet, & manumiſſoris, & ita ex diuerſitate perſonarum ſecundum iuris conſiderationem ſpeciali iure putat conſtitutum, vt vtrumque tunc remedium concurrat.

Sed Viglij interpretatio ad d. §. tam naturales, videtur pernicioſa: reſtringit enim ſeu ram generalitatem Imp. in d. §. tam naturales, quā ſecundum ſuam rationem vbique militat. Deinde reprobatur, quia per querelam reſcinditur teſtamentum, vt patet ex l. circa, ff. de inoff. teſt. per bonorum autem poſſeſſionem contra tabul. non reſcinditur teſtamentum, ſed potius ſuſtinetur; eſt enim remedium ſucceſſorium, non reſciſorium, vt oſtendimus ſupra iſto libro 2. cap. 3. n. 13. vnde ſi pater præteritus bonorum poſſeſſione contra tabulas, & querela ſimul inofficioſi vti velit, deduceret in iudicium remedia contraria, vt pro vtroque ſimul obtineret, & quamuis aliquando ex poſt facto contingant, quem pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum decedere, vt in terminis d. l. circa, nullibi tamen permittitur vt in iudicio cumuletur cauſa teſtati & inteſtati Mynſing. latè in Obſeruat. Cameræ, Cent. 3 obſeru. 25. & vt quis contrario iure agat æque principaliter vt ſimul pro vtroq; obtineat, quod mihi eleganter probat l. filio, §. 1. ff. de inoff. teſt. ibi: *Nam priori iudicio de iure patris, non de iure teſtamenti quæſitum eſt*; &c. vbi agens de prædicta bonorum poſſeſſione contra tab. & querela, dicit per bonorum poſſeſſionem agi de iure patris manumiſſoris, & per querelam de iure teſtamenti: & ita non

ſolam

solam diuersitatem, sed & contrarietatem remediorum ostendit. Facit præterea l. non putauit, 8. ff. de bonorum possess. cōtratabul. vbi quando datur bonorum possessio contratab. denegatur querela; vel è contra. Tandem cōuincitur dicta Viglij interpretatio ex textu singulari, & notando in l. 3. ff. si quis à parente. vbi Io. Paul. ita scribit: *Pantonius ait, si turpes personas veluti meretricem, à parēte manumissus, hæredes fecisset; totorum bonorum contratab. bonorum possessio parenti datur: aut constituta partis, si turpis hæres esset institutus*. apertè ostendens, quod pater quando vti poterat remedio querelæ inofficiosi ob institutionem turpium personarum, si manumissor est, reipsa datur querela, hoc est, bonorum possessio cōtratab. totorum bonorum, sicut & per querelam obtinuisset. Si verò deficiat ratio turpitudinis, tunc sola bonorum possessione constitutæ partis contentus esse debet; Ecce, quomodo præteritus non potest habere simul remedium querendi de inofficioso.

5 Quapropter † pro plena huius text. interpretatione & conciliatione cum d. §. tam naturales, & cognitione tit. ff. si quis à parente fuerit manumiss. præmitto. Primò inter alios modos, quibus vsu est antiquitas circa solutionē patriæ potestatis, duos notabiliores extitisse: vnum, sine manumissione; alterum verò cum manumissione.

Sine emācipatione, & manumissione filius exibat è patria potestate, qui Flamē Dialis inaugurabatur, vel Virgo Vestæ capiebatur; vt tradit Vlp. in Fragm. tit. 10. §. vlt. Aul. Gell. lib. 1. Noct. Attic. ca. 12. Huius autē Flaminis Dialis religio, præcepta, & reliquæ flaminicæ cœremoniæ, insimul & edictum perpetuum à Prætore conscriptū de Flamine Diali, &c. Sacerdote Vestę (cuius edicti meminit etiā Duarin tit. de iureiurando, cap. 4. in princ.) latè, & curiosè enarrātur per A. Gelliū, lib. 10. Noct. Atticar. cap. 15. per totum, qui lib. 1. cap. 12. Virginum Vestaliū ætatē, qualitates, & leges circa easdem latas, & modos capiendi, & Flaminum Dialium, & Pōtificum, & Augurum latè pertractat. Flaminum autem augurandorum causa ea lata Comitia fiebant, quæ pro collegio Pontificum habebantur, vt est autor idem Gell. lib. 15. cap. 27.

6 Prædicti † autem exeuntes à patria potestate, propterea capite non minuebantur, quia citra omnem imaginariam venditionē, aut manumissionem in potestate esse desinebant: nā pater solum adibat Pontificē Max. illiq; filiū, vel filiā offerebat, & postea Pontifex Max. illum, illamue à parente, in cuius potestate erāt, veluti bello captum, captamue abducebat; & ita patria potestas soluebatur: solum quod deinceps Pontificem Max. recognoscebant; vt tradit Gellius. d. lib. 1. cap. 12. & insinuat Vlpin Fragm. tit. 10. §. vlt. ibi: *& quæ Virgines Vestæ capiuntur*. verbū enim illud, *capio*, in hac materia speciale erat ad similitudinem eorū, qui bello capiuntur, vt patet ex Gellio, d. cap. 12. qui ob id dicti sunt mancipia, §. serui autē ex eo, Inst. de iure personarum; & de isto modo sublatæ patriæ potestatis, non loquitur nostra l. 1. §. vlt. vers. patrem. dū meminit iuris, quod pater sine manumissione habebat in bonis filii: nam respectu istius filij non dabatur successio, erat enim omninò alius, & alieno iuri subiectus.

7 Ex quibus † notabis primò, præfatos Sacerdotes non respondere clericis, sed Monachis Christianis, cum transeant in superioris potestatem abducti ab omni iure patrio; & ita ab illis ad Christianos monachos licebit argumētari, cū & hi in Abbatis potestatem trāseant, tradit Vigl. in princip. Inst. quibus nō est permiss. num. 6. & notatur in Auth. Ingressi, C. de sacros. eccles.

8 Deinde † notabis rationem, ob quam Monachi Christiani specialiter seruis æquiparentur, cū quasi bello capti in sacrum ministeriū abducantur. Vnde etiam oritur ratio illius resolutionis, cur videlicet, non possint testari, (quamuis, Virgo Vestalis hæredem ex testamēto relinquere posset. vt per Gell. d. ca. 12.) vt notant omnes in princip. Inst. Quibus nō est permiss. vbi Vigl. nu. 6. & in d. Auth. Ingressi, vbi latissimè; & sat ostendit tex. ibidem, dum inquit, ingressos religionem se Deo dicare, & sacros effici: & ita esse seruos extra commercium, argumēto §. sacræ, Inst. de rerum diuis. & ob id monachus ob causam famis, vel necessitatis monasterij vendi non potest, quamuis filius potuisset. vt tenuit alias Imola, in l. 1. nu. 9. ff. de vulgari. Et inde etiam est, quod monachi testimonij dicendi ius nonhabent, vtpote serui, quidquid contradicat gloss. verbo, cogitādum, in Aut. de monachis, coll. 1. & est vbique receptū, vt notat, & sequitur Vigl. in §. testes autem, nu. 12. Inst. de testam. quorum opinio ex dictis confunditur. Quod tamen declararem, nisi priuilegio id faciant, vel etiam de licentia superioris, vt notat Faber, in d. §. testes aūt, & suadet autoritas Gellij, lib. 6. Noct. Attic. cap. 7. vbi lege Horatia prædictum ius tributum esse testatur Tarratiæ virgini Vestali. quod opus fuit, non solum quod fœmina, sed etiam quod virgo Vestalis, ex dictis.

9 Præterea, † redditur dubitabilis resolutio Bart. in l. 1. ff. de vulgari, vbi putabat, monachum quoad acquisitionem filio aliquando æquiparari, quem sequitur Vigl. num. 5. & alij, in §. alienus quoque, Inst. de hæred. instit.

& licet effectus, quem inde prætendit Bart. à multis amplectatur, scilicet circa substitutionem, an eo inuito possit monasterium hæreditatem adire, nihilominus fundamentum crebriori calculo reprobatur ab antiquioribus, vt tradit Imola ibidem, à nu. 8. qui Innoc. refert in cap. cum olim, il 2. extra, de priuilegijs, tenentem, monachum, quoad acquisitionẽ seruo æquiparari. plures refert, & sequitur Alex. in d. l. 1. de vulgari, à num. 21. quod & ego puto verius, iuxta supradicta: seruus namq; efficitur respectu monasterij, & iure serui censendus est quoad acquisitionem, & non solum ecclesia habet dominicam potestatẽ, sed & possessionem. quidquid dicat glossa, verbo, puto, in fine, in l. cum hæredes, §. vlt. ff. de acquir. possess. motus ex eo, quod sit homo liber, quod fundamentum falsum esse ex dictis deprehenditur.

10 Quinto † colliges, quam vere fundetur cõmunis distinctio, quæ quoad acquisitionem per monachum faciendam, attendit capacitatem monasterij saltem in genere: nam si omninò incapax sit, nullatenus acquirit, nec acquirere potest, d. Auth. ingressi, cap. in præsentia, de probationibus. Bart. in l. 1. §. qui habebat, num. 3. ff. de bonorum possess. contra tab. latè Philip. Portius, cons. 23. à nu. 9. & à nu. 30. latissimè Lodou. Molina, lib. 1. de primog. cap. 13. à num. 68. cum multis sequent. Ratio autem differentiæ colligitur ex dictis: nam cum monachus seruus monasterij efficiatur, & quasi dominicã in eo abbas habeat potestatem (qui monasterij vices gerit) secundum illius monasterij capacitatem venit etiã regulanda capacitas monachi, l. si mihi, & tibi. 12. §. regula, ff. de legatis 1. cum aliter in filio dicendũ foret, cuius capacitas in esse producta nullatenus pendet à capacitate patris.

11 Sextò infertur † dubiam, seu falsam esse sententiam Bart. in Auth. Si qua mulier, num. 5. C. de sacros. Eccles. & aliorum quos refert, & secure sequitur Alexand. in l. sub conditione, num. 2. ff. de liber. & posth. & plurium, quos etiam referens sequitur Molina, dicto cap. 13. num. 75. putantium monachum retinere iura suitatis: nam contrarium ex dictis colligitur: non enim dumtaxat patriam potestatem exiuit, sed & quasi dominicam ingressus est; & ideò l. Deo nobis, §. 1. C. de episc. & cleric. dũ adhuc parentes obligat, vt debitam portionẽ filijs monachis relinquant, vsa est insigni priuilegio in fauorem monasterij contra omnem iuris dispositionem: quod non ita esset, si filius monachus tanquam simpliciter emancipatus censeretur, qui vel iure Prætorio ex testamento, vel ab intestato etiam de iure ciuili tunc vocabatur, §. emancipatos, Inst. de hæred. qualit. l. meminimus, C. de suis, & legitimis. Vnde merito dicit Angel. in d. l. sub conditione, quod monachus suus hæres non est, nec ex iure suitatis transmittit hæreditatem non aditam: quinimmo requiritur aditio, vt monasterio acquirat, quod & verissimum puto: quidquid reclament ceteri supra citati.

12 Septimò colligitur † confirmatio ad glos. sententiam, verbo, cum statum mutat, ad finem, in l. si ex causa, §. Papinianus, ff. de minoribus, quam vulgo receptam dicit Lusitanus Costa, in cap. si pater, secunda parte, verb. testatore, nu. 11. extra, de testam. in 6. & plures, quos refert, & sequitur patruus meus Arius Pinellus, in l. 1. C. de bonis maternis, prima parte, nu. 46. Hispanus Picchardo, in §. vlt. num. vlt. Inst. quibus modis ius patriæ potest. putabat itaq; Accurt. per ingressum religionis patriam tolli potestatem: nam ex supradictis cũ Gellio, lib. 1. Noct. Attic. cap. 12. & Vlp. in Fragm. tit. 10. §. vlt. ostẽditur, Flamines Diales, & Virgines Vestales, quæ Christianis monachis, vel monialibus, per similitudinẽ æquiparantur, patria potestate liberari. Nec iam ferendus est Matthesilanus, in tract. de Successionibus ab intest. in princip. num. 7. dum contra prædictam glos. sententiam perperam opinabatur, per monachatum patris, vel filij, non tolli patriam potestatem, cum & respectu patris id suadeat text. in lege si euenit, ff. ad leg. Iuliam, de adulterijs, vbi ostenditur, eum, qui est in potestate, non posse alios habere in potestate; ex dictis autem constat, monachum transire in potestatem monasterij, & Abbatis.

13 Octauò † denique declarabis prædicta, quæ deduximus, à Sacerdotibus Gentilibus non indistinctè tunc in omnibus militare, sed tantum in Flamine Diali, & Virgine Vestali: nam alij Sacerdotes non exibant è patria potestate, vt patet ex Auth. presbyteros, C. de Episcopis, & cleric. & est communis, ex Couar. in cap. quia nos, num. 5. de testam. Azeuedo. in lege octaua, tit. primo, libro 5. nouæ recopil. num. 12. quidquid contrarium teneant Bartol. & Bald. vt refert Pichard. dicto §. vltimo, num. 9. Inst. quibus modis ius patriæ potest.

14 Deinde † aduertendum est, alio modo filium per emancipationem videlicet, exire patria potestate: qui quidem modus secundum suarum solennitates viguit Iurisconsultorum tempore: nam filius ter imaginarie venditus, hoc est, vno numo, filia verò, & ceteri liberi, semel tantum venditi, ab emptore verò ter filius manumissus, & semel filia, & ceteri liberi, sui iuris efficiebantur, Vlpianus

in

in Fragm.tit.10.ibi: *Liberi parentum potestate liberantur, emancipatione, idest, si postquam mancipati fuerant, manumissi sint: sed filius quidē ter manumissus, sui iuris fit*,&c. Caius,lib.1. Inst. tit.6.l. c.in l.liberos,§.emancipato,ff.de capite minutis,vbi Duar.meminit Imp.in l.penul. & l.vlt.C.de emāc.& in §.præterea,Inst.quib. modis ius patriæ pot.vbi Theoph.emancip.solennia tradit,& Corras.in l.post mortē,n.4.ff. de adop. obiter Duar. ad tit.de cap. minutis.

Qui à patria potestate ita liberati capite minuti dicebantur. Ratio est: quia antequam liberarentur, opus erat in seruilem quandā Imaginariam conditionem deduci, quatenus venditi ab emptore manumittebantur, probat d. l. liberos, §. emancipato,& d.l.vlt.

15 Ex quo † soluendæ potestatis modo multa tunc emergebāt. Primum,quod cum filius nō nisi ter venditus,& ter manumissus sui iuris fieret,interim dum tertia vēditio accedebat,post primam videlicet, vel secundam mancipationem, & totidem manumissiones factas ab extraneo manumissore, iterum ad patriam potestatē reuertebatur; in qua reuersione dabatur species quædam agnationis, quæ manumissio ne fieri dicebatur: & testamentum tunc factū agnatione filij præteriti rūpebatur, vt inquit Vlp.in Fragm.tit.23.§.1.vers. aut manumiss. ibi: *Aut manumissione, idest, si filius ex prima, secundaue mancipatione manumissus, reuersus sit in patris potestatem*. Quod mirabiliter innuit idē Vlp.in l.verum alias, l.certum, 8.§.filia,ff.de iniusto,rupto.& ꝑ indubit. tenet Harmenop. lib.5.epitomes.tit.5.Lusitanus Costa, (qui eleganter explicat d.§.filia)in l.Gallus, §.& quid si tantū, 3.parte,à n.45.& 49. dicebatur autē hęc agnatio manumissione fieri,quia simul ac extraneus emptor manumittebat, statim ad patriam potestatem reuertebatur,quod cessabat in vltima venditione, & manumissione. Per id tamen breuissimum temporis spatium, quo filius erat apud extraneum emptorem,patria quidem potestas nō sublata,sed tantum suspensa erat: & ita persistebat in statu quodam anomalo, & difformi, in quo nec erat suus (cum præteritus iniustum non faceret testamentum, innuit d.§. filia) nec emancipatus, vt ex dictis patet; quod non inconuenit: nam est concors Doctorum sententia (quam in quæstioneın non reuoco) vt per Costam, in cap. si pater, 2.parte, verbo, deferuntur, nu.9. vt filius exhæredatus, qui (postquam exhæredatio sui hæredis existentia cōfirmata est) abstinente altero instituto, vult ab intestato succedere, non vt suus, sed vt voluntarius succedat, quasi emancipatus,nec consequenter hæreditatem nō aditam non transmittat: & tamen non est emancipatus; nec enim exhæredatio à patria potestate liberat.

16 Deinde per † quamlibet ex dictis venditionis dabatur quędam incompleta capitis diminutio:nam filius toties in alienam potestatem, licet momentaneam transibat, quoties à patre naturali mancipatur, l.3. in princip. & l. vlt.ff.de capite minutis.

17 Tertium, per quālibet † ex dictis vēditionibus amitti actualem patriā potestatem; aliter reuerso filio,vt secundò,terue vēdatur,nō daretur agnatio,quam tamen assignat Vlp.in Fragm.d.tit.23.§.1. nam quādo potestas non acquiritur de nouo, sola quasi agnatio versatur, vt patet ex §.posthumorū, Inst. de exhæred.lib.l.posthumorū, ff.de iniusto,rupto.vnde obiter colligitur lapsus doctissimi Duareni ad tit.de lib.& posth. in l. Gallus, §.videndū, in princip.vbi putabat agnationem cōsiderari in ijs,qui post mortē nascuntur; quasi agnationem verò in ijs,qui in vita parentum: cum ex proximè relatis iuribus, agnatio,& quasi agnatio indistinctè detur in vita parentum, solaq; differentia nascatur ratione patriæ potestatis, an denuo ipsa acquiratur, an sola proximitas gradus sub ea.

18 Quartum,quod † pater simpliciter emancipans in prædicta forma nō habebat ius succedendi legitimū, solusq; de iure ciuili cognitus erat extraneus manumissor,vt innuit §.vlt.Inst.de legitima agn.success.& expressit Caius, in Instit.lib.1.cap.6.ad finem,extranei autem manumissoris meminit Imp.in §. & primo loco,Inst.de bonorū possess. & pater tunc præteritus solam babebat inofficiosi querelā, iuxta l.pater filium,ff.de inoff.testam. quod dicitur ius antiquū, quod pater sine manumiss. habebat, ab Vlp.in l.1.§.vlt.vers. patrē,ff.si quis à parēte,Vigl in princ.n. 6. Inst.de inoff. test. nam pater simpliciter emancipans, solùm ter filium vendebat, non verò manumittebat.

19 Vt † autem pater emancipans de iure ciuili succedere posset,oportebat,vt in vltima mancipatione,seu venditione, fiduciam contraheret cum emptore, vt eidem filium suum remāciparet,ad effectum, vt pater naturalis manumittens legitimo iure succederet, qui filius cū iam non iure filij (vt pote, quia ter venditus fuerat, & omninò sublata patria potestas) sed iure serui ad antiquum patrem naturalem per remancipationem remearet,per solam quoq; manumissionem ab illius adumbrata dominica potestate exibat, tradit Caius, lib.1. Instit. cap. 6. ad med. huius contractæ fiduciæ meminit Imp. in §. vlt. Inst.de legitima agn. tut. & §.quæ autem, Inst.de bonorum possess. & l.vlt. C. de emancip. vnde filius sic manumissus similitudinariam quandam liberti cōditionē cōtrahebat,vt inquit l.1.ibi: *Liberti pa*

tiatur exitum; &c. ff. si quis à parēte fuerit man.

20 Ex quibus † primò infertur ratio similitudinis, qua ductus Iustinianus in Instit. post tit. de legitima patronorum tutela, apposuit tit. de legitima parentum tut. vbi incipit: *Exemplo patronorum recepta est, & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur*; &c. Loquebatur enim quando filius impubes remancipatus patri naturali, ab ipso manumittebatur, qui dicebatur emancipatus contracta fiducia. Et id quoque innuit Vlp. in l. 3. §. vlt. ff. de legitimis tutor. ibi: *Vicem legitimi tutoris sustinet*; quasi dicat, tutela patroni ex interpretatione l. 12. tab. legitima dicitur, vt asseritur in eadē l. 3. in princ. Hęc, ad similitudinē patroni, p imaginariā illā manumissionē patri naturali cōpetit.

21 Indeq; † subinferes interpretationem ad Vlp. in Fragm. tit. 11. §. qui liberum, vbi ita scribit: *Qui liberum caput mancipatum sibi, vel à parente, vel à coemptore manumisit per similitudinem patroni, tutor efficitur. qui fiduciarius tutor appellatur*; Vult namq; Vlp. quod si extraneus manumissor sibi mācipatum liberum caput, hoc est, alterius filiumfam. impuberē manumiserit, vt patet, ibi: *Mancipatum sibi, vel à parente*, aut si pater naturalis filium sibi remācipatum manumiserit, vt patet ibi: *Vel à coemptore*, id est, extraneo emptore, siue patre fiduciario (quidquid aliter ibidem interpretetur Cuiac.) ad similitudinem patroni tutorem effici. Et cum idem Vlp. in d. l. 3. §. vlt. & Imp. in d. §. vnico, Inst. de legit. parent. tut. dicāt hanc tutelam esse legitimam, vel vicem legitimæ sustinere, sine dubio mendosè scribitur, d. §. qui liberum, ibi: *Fiduciarius tutor*; cum legitimus scribi debuisset, vt ex similitudine, quā isti manumissores habēt cum patronis, inferri debet. quidquid fiduciariam hanc tutelā esse, sine vllo probabili fundamēto defendat ibid. Cuiac. idq; quod dicitur in d. §. vnico. acceptū referēs moribus: quod tamē ciuili rationi, ac similitudini ab Imp. tribuitur, vt patet. ibi: *exemplo patronorum*; &c. eū pleraq; alia hoc eodem exēplo ratione simulatæ manumis. suadēte, & nō moribus recepta sint, vt inferius notabimus.

22 Secundò † infertur ex d. filij manumissione, originem traxisse tit. ff. si quis à parente fuer. manum. vbi ad similitudinem patroni, datur patri naturali bonorum possessio contratabul. quemadmodum & ab intestato legitima hęreditas, l. si ad patrem, 10. ff. de suis, & legit. vnde opus erat, vt filius contracta fiducia patri naturali remancipatus, ab ipso manumitteretur, vt aduertit Cuiac. in Paratit. ad d. tit. si quis à parente. Quod autem ad similitudinem patroni bonorum possessio contratabulas concederetur, patet ex Vlp. in l. 1. ff. si quis à parente, ibi: *Emancipatus à parente, in ea causa est, vt in contratabulas bonorum possessione, liberi patiatur exitum*; &c. & ibi: *Et ideo itum est in hoc, vt parens exemplo patroni ad contratabulas bonorum possessionem admittatur*; &c. & ibi: *Quia perinde defert prætor bonorum possessionem, atq; si ex seruitute manumissus esset*; &c. Imp. in §. prætereа, Inst. quibus modis ius patriæ potestatis; ibi: *Et tunc ex edicto Prætoris in bonis eiusmodi filij, vel filiæ, vel nepotis, vel neptis, qui, quæue à parente manumissus, manumissaue fuerit, eadem iura præstantur parenti, quæ tribuūtur patrono in bonis liberti.*

23 Vnde † illud notabile suboritur, quod quemadmodum libertus non potest ab extraneo arrogari, ob præiudicium patroni, l. si paterfamil. §. vlt. ff. de adopt. si tamen cælata conditione arrogatio obrepat, vt in l. sed si hac, 10. §. patronum, ff. de in ius vocando. patronus ius suum bonorum possessionis contratabul. non amittit, l. liberto per obreptionem, ff. de bonis libert. Ita etiam nepote ab auo manumisso, si à patre naturali arrogetur, vel arrogatio non tenet, vel si obrepserit, aui ius illæsum manet, l. 1. vers. nepos ab auo, ff. si quis à parente. Ex quo deducitur limitatio elegans ad l. si paterfamil. 15. ff. de adoption. vbi arrogatione subsecuta, omnia arrogati puberis bona ad patrem arrogatorem transibant (erat enim modus succedendi per vniuersitatem, vt patet ex tit. Inst. de acquisit. per arrogat.) ne videlicet, procedat, quando arrogatio obrepit, ne inde præiudicium alij generetur. Deducitur etiam illud pulchrum, scilicet, filium in potestate patris naturalis constitutum, etiam attento tempore Digestorum, in dicto casu habuisse legitimum hæredem, vt patet ex dicta l. 1. ibi: *Siue manens in potestate patris decesserit, siue manumissus diem suum obeat, solus admittetur auus ad eius successionem, ex interpretatione edicti*; &c. & ibidem notat glossa, verbo, successionem, cum tamen attento tempore Digestorum, nec etiam in castrensibus filius famil. ab intestato hæredem haberet, vt latè supra ostendimus lib. 1. cap. 5. n. 54. & 61. ad finem, & passim ibid. Id autem quod d. l. 1. dicit, quod auus pręferatur patri in successione nepotis, emendatū est per l. 3. C. de bonis, quæ lib. vbi causa patris prior, & potior est in successione filij, tradit Barbosa Lusitanus, in l. post dotē, nu. 67. ad finem, ff. soluto matrim.

24 Obiter † aduerte, quod licet patri naturali manumissori ad similitudinem patroni prædicta competant, non ob id tamen sequitur, reliqua, quæ patronis conceduntur, patri quoque similitudinarie concedi, vt patet ex toto tit. ff. si quis à parente, & tradit glossa, verbo, exemplo, in d. l. 1. ff. eodem tit. Rationem red-

dit

dit I.consul. in l. 2. ff. eodem : quia videlicet filiusfamil. quamuis ·manumissus, ingenuus semper homo est . Vnde inferes intellectum ad Vlp. in l.1. §.alienatio, ff.quando actio de peculio annalis est, vbi asserit manumissionem non cadere in filium, sed tantum in seruum, intelligendus enim est Vlp. de vera, & formali manumissione, quæ in solo seruo potest consistere, non verò de ficta, & adumbrata, quæ in filio recipitur, vt aliàs inquit Imp. in l. vlt. C. de emancipat. ibi : *Et venditiones in liberas personas figuratas* ; &c. Hinc etiam notabis Accurt. verb. manumitti, in l. 2. ff. de officio Proconsulis, vbi occasione verbi, (*manumitti* ,) quod in textu refertur ad filium,& seruum,inquit,quod vnum verbum ad diuersa relatum, potest diuersimodè intelligi, propriè scilicet,& impropriè. Vberius namq; dixisset(secundùm verã interpretationem text.de quo ibi,)vnũ verbum ad plura relatum, posse respectu vnius verè,respectu alterius fictè accipi:nã & filius iuxta supradicta imaginariè, & fictè manumittebatur.

25 Tandem † aduerte, quod licet prædictus emãcipandi modus contracta fiducia tempore I.c. viguerit, illius tamen inextricabiles ambages, & parũ rationabilẽ exitum resecans Imp. denuo constituit, vt patri simpliciter apud cõpetentem iudicẽ emancipanti filios suos perinde reseruentur omnia legitima iura, ac si contracta fiducia manumisisset, l.vlt.C.de emãc. §. preterea, Inst. quibus modis ius patr. §.vlt. Inst.de leg.agn.succ nec iam opus est imaginario illo coemptore,siue extraneo manumissore,& cõsequenter illius antiquum ius abijt, vt docet Imp.in §. quæ aũt, Inst. de bonorũ poss.

26 Ex his † non iniucundè præmissis,ad cognitionẽ formæ emancipandi per manumissionẽ & iuris inde resultantis,iam colligitur patrem contracta fiducia emancipantem præteritũ, habere ordinarium auxilium bonorum possessionis contra tab.ad similitudinẽ patroni;atq; ita succedere regulam §.tam naturales,inst.de inoff. test. vbi adiuti ordinario remedio, non admittuntur ad querelam inoff. Sed videtur obstare l. 1. §. vltimo,ff.si quis à parente,quæ vtrumque remedium videtur coniungere.

Ego in primis securè assero vtrumque non posse, nec debere concurrere, iuxta regulam indistinctè propositam in d. §. tam naturales.

27 Deinde admitto, † Vlp. in d.l.1.§.vlt.dum meminit iuris antiqui, ad querelã inoff. respexisse: nõ propterea tamen vtrumq; in suo esse formali coniunxisse;quod vt amplius pateſiat.

Aduerto, aliud esse concedere simul bonorum possess. contra tab. & querelam inoffic. aliud concedere bonorum possessionem contra tabul. cum commodo querela inofficiosi. Primo modo non potest patri competere,nec id voluit Vlp.in d.l.1.§.vlt.Sec undo verò modo potest,& de eo tãtum loquitur Vlp.in d. §. vlt. Et ne videamur insolenter ariolari, id apertè docuit I.c.Paul.in l.Pantonius, 3.ff. si quis à parente,dum inquit:*Pantonius ait,si turpes personas veluti meretricem à parente manumissus haredes fecisset, totorum bonorum contra tabul. bonorum possessio parenti datur : aut constituta partis, si non turpis hares esset institutus* ; Ex qua eleganti, & vulgo non animaduersa decisione colligitur Primò,quod eo casu,quo propter institutionem turpium personarum procul dubio concedenda erat parenti manumissori præterito querela inofficiosi, sola datur bonorum possessio contra tab. & ita est text. apertus cõtra supra in initio propositam Vigl. interpretationem ad d.l.1.§. vlt. Deinde colligo,quod in hac bonorum possessione tacitè, & virtualiter continetur ius querelæ, hoc est, commodum querelæ : sicut enim tunc pater omnem hæreditatem per querelam auocare poterat, ita & bonorum possessione contra tab. totam sibi auocat : in quo ista bonorum possessio omnino degenerat a bonorum possessione contra tab. liberti,quæ semper certæ, & determinatæ quantitatis erat,§. sed nostra, Inst. de successſ. libert. notat glossa,verbo, totorum,in d. l.Pantonius. Colligo deniq; quod commodum querelæ inoff. tunc inest bonorum possessioni contra tab. quæ datur patri mauumissori, quando non solum datur præteritio patris, sed etiã inoff. & iniusta alterius institutio, veluti si turpes personæ instituantur : alioquin si sola detur præteritio patris manumissoris,eidem simplex competet bonorum possessio contra tab. ad similitudinem patroni, idq; suadente regula d. §. tam naturales,Inst. de inoff.test.& innuit l. filio, §.1.ff. eod.tit.vbi loquẽs I.c. de patre manumisore, inquit, iure manumiss. solã accepisse bonorũ possess. contra tab. non verò pertulisse querelã inoff. tacitè innuens, perferre non potuisse.

28 Ex † quibus iam patet vera interpretatio d. l.1.§.vlt. ut videlicet pater accepta bonorum possessione contra tab. etiam sibi defendat ius antiquum, quod sine manumissione habebat, hoc est, vt non solum talis bonorum possessio contineat constitutam partem aliàs patronis debitam, sed & illud, quod per querelam pater obtineret si filium simpliciter emancipasset;& ita tunc non datur duplicis contrarij remedij concursus, sed potius vnicum tantum bonorum possessionis contra tabul. cum illa qualitate seu augmento.

29 Quod † declara,non semper, & indistinctè procedere,hoc est, quod pater præteritus totorum bonorum possessionem contra tab. ha

bebat, sed dumtaxat in terminis d.l. Patonius, iuncta suprapositа expositione.

Nec tunc quidquam obstabit, quod deterioris conditionis pater manebit emancipans contracta fiducia, quam simpliciter emancipans: nam vltra quam quod dubitabile est, an patri simpliciter emancipanti præterito competat querela ad vniuersam hereditatē: vt denegare videtur glossa, verbo, constitutæ, in d.l. Pantonius, insuper aduerte, certius & vtilius esse remedium bonorum possessionis contra tab. quia in ea consequenda solum incumbebat patri ostendere, se præteritum; quod facillimum erat patefactis tabulis: at tunc temporis ad querelam opus erat probare innocentiam suam, & merita erga filium; & consequēter inofficiositatem filij prætereuntis; in quo multoties deficiebat; interimq; censura iuris satisfactum erat formæ testamentariæ, quia præteritio illa paterna, pro exhæredatione habebatur, vt innuit l. pater filium, ff. de inoff. test. Deinde bonorum possessio contra tabul. etiam non adhuc adita hæreditate competebat, l. illud, ff. de bonorum poss. contra tab. at querela post aditam hæreditatem, l. filium, §. sed cum exhæredatio, ff. de bonorum poss. contra tab. Ioann. Fab. in princip. Inst. de inoff. test. vbi Vigl. nu. 1. & alij.

30 Infertur † deinde, quod pater manumissor à filio præteritus, licet maximè vellet, non poterat querelam inofficiosi perferre, cum alio iure venire posset ad defuncti bona, §. tam naturales, Inst. de inoff. testam. d.l. Pantonius.

31 Infertur † tertiò, vera interpretatio ad l. pater filium, ff. de inoff. test. vt intelligatur de patre simpliciter emancipante, sicut litera sonat: nam quando pater manumiserat, & præteritus succedere intendebat, tunc I. c. iure manumissionis eum ad successionem admittebant, l. filio, §. 1. ff. de inoff. testam. Deinde pater manumissor statim suum ius bonorum possessionis contra tabul. deferebat, & obtinebat, quamuis adhuc filiorum causa pependisset, d.l. filio, §. 1. at in d. l. pater filium, non admittebatur, dum causa filiorum querentium de inofficioso pendebat, ergo ibidem pater non manumiserat filium, sed simpliciter emancipauerat. Vnde nihil mirum, quòd in terminis d.l. pater filium, querela inofficiosi tantùm patri competat, cum nullo alio iure ad defuncti bona venire possit, iuxta regulam dicti §. tam naturales, Inst. de inoffic. testam. & ita cessant variæ, ac diuinatiuæ glossæ, & Doctorum interpretationes.

32 Et cum † hodie sublata sit differentia simplicis emancipationis, & manumissionis, vt probauimus, pro coronide quærendum est, an patri præterito bonorum possessio contra tabul. vel querela inofficiosi competat? & videbatur bonorum possessio tantùm competitura contra tabul. iuxta d. l. Pantonius, & d. l. filio, §. 1. cum Imp. in l. vlt. C. de emancipat. patrem simpliciter emancipantem hodie censendum, ac si contracta fiducia manumisisset.

Ceterum ego puto patrem posse eligere remedium, quod ex circumstantijs pinguius sibi videbitur: quia cum hodie emancipatio fiat coram iudice competenti, & ad fauorem patris constituatur, vt illęsa ei permaneant iura legitima, quæ competebant, si contracta fiducia emancipasset, non est visus Imperat. tollere remedium simplicis emancipationis, si vtilius esset, sed potius adiungere illud, quod ex manumissione resultabat, ita vt alterutro vti posset. Nec tunc obstabit d. §. tam naturales, quia cum ex libito patris remediorum electio competat, electo vno, non dicitur pater alio iure venire posse, cum per electionem tacitè declaret, aliud remedium non competere.

SVMMARIVM.

Condemnatus vltimo supplicio testari nequit, nu. 1.

Refertur, ac reprobatur opinio Viglij putantis posse hodie iudicem post Auth. Bona damnatorum, C. de bonis proscript. permittere cuilibet damnato vlt. supplicio testamenti factionem, n. 2.

Explicatur obiter d. Auth. Bona damnatorum. ibid.

Quando lege, statuto, vel consuetudine permittitur generaliter testari damnato ad vltimum supplicium, testamentum illius antea factum sustinetur absq; vlla noua volūtate confirmante, n. 3.

Lex, vel statutum generaliter, & indistinctè permittens testari damnato ad mortem, re ipsa conseruat testamenti factionem, ibidem.

Condemnatus ad vltimum supplicium, statim à damnatione fit seruus pęnæ, num. 4.

Non corruit testamentum antea factum, nisi medio tēpore testator testam. factionē amisisset, ibid.

Explicatur l. si quis filio, 6. §. irritum, vers. nisi forte, ff. de iniusto, rupto, num. 5.

Quæ requirantur, vt miles ex delicto militari condemnatus vltimo supplicio, testari possit. ibid.

Explicatur Ord. Lusitana, lib. 4. tit. 81. §. 1. nu. 6.

Quando condemnato vltimo supplicio, ex gratia testari permittitur, antea factum testamentum non valet, nec nuda voluntate reficitur, sed opus est, vt denuo fiat, nu. 7.

Explicatur §. non tamen, ibi: nam si ideo, &c. *Inst. Quibus modis test. infirm. ibidem.*

Post damnationem ad vltimum supplicium quis efficitur alius homo, seu potius non homo. ibidem.

Explicatur d.l. si quis filio, §. irritum, vers. sed, & si quis, num. 8.

Miles damnatus, cui testari permittitur, nuda voluntate

CAPVT XX.

Vtrum, condemnato ad vltimum supplicium, ex priuilegio testari potente, si quod antea habebat factum testamentum, valeat; an vero pœna irritum factum, reficiendum sit?

Vtrum, l. si ita stipulatus, 97. §. vltimo, ff. de verb. obligat. procedat etiam in vltimis voluntatibus.

Vtrum, ademptio legati sub conditione, Si hæres voluerit, prout liberam voluntatem importat, valeat?

Prima quæstio.

1 
Onstitutissimum † est, damnatum vltimo supplicio de iure testari nō posse, l. si quis filio, 6. §. irritum, ff. de iniusto, rupto. latè Clarus, in §. testamentum, quæst. 21. Lusitanus Bened. Ægidius in repet. l. 1. C. de sacros. Eccles. 1. parte, §. 5. in princip. apud Lusitanos Ord. lib. 4. tit. 81. §. 6. & tit. 83. §. 2.

2 Et quamuis † Viglius, in §. sed hactenus, n. 9. Instit. de milit. test. putet hoc totum procedere ratione bonorum, quæ aliàs fisco auferuntur; & ob id dicat, cum hodie bona damnatorum non publicentur iuxta formam Auth. Bona damnatorum, C. de bonis proscript. posse damnato concedi à iudice testamenti factionem. Ego contra sentio: nam prohibita damnato testamenti factio, non ratione bonorum, sed ratione personæ consideratur, vt probat Vlp. in d. §. irritum, ibi. *Nam pœna seruus efficitur*; &c. deinde constitutio d. Auth. Bona damnatorum, est priuilegiata, & solam succedendi ab intestato formam permittit, & vltra ibidem præscriptas personas, bona alijs non deferuntur, sed fisco. Vnde non potest iudex permittere testamenti factionem, tum, quia testabilem ipse non potest efficere eum, qui seruus, & intestabilis est: tum quia ius venientibus ab intestato quæsitum ex d. Auth. Bona, adimere non potest, eo maximè, quia d. Auth. Bona. vltra personas specialiter exceptas, quibus defert damnati bona, immediatè fiscum vocat; ergo indistinctè denegat testamenti liberam factionem, contra d. Viglij

glij sententiam. Et quāuis vt miles damnatus testari possit, requireretur, vt iudex in sententia id permitteret, l. si quis in principio, 22. §. miles, ff. de legatis 3. Vigl. vbi supra, n. 10. id tamen non ex potestate iudicis, sed ex priuilegio D. Hadriani prouenuebat, d. §. irritum, vers. nisi forte.

3 Accedendo † igitur ad propositam quæstionem, duo in ea considerari possunt capita. Primum, quando lege, statuto, vel consuetudine generaliter, & per viam regulæ damnatis testari permittitur. 2. Quando generaliter denegatur, sed vel speciali gratia, aut priuilegio aliquo conditionali id conceditur.

Quoad primum resoluendum puto, testamentum ante factum valere, nec reficiendum esse, aut saltem noua voluntate firmandum: nam lege, statuto, vel consuetudine damnato testari permittētibus, iuris ciuilis dispositio intercluditur, quæ alias testamentum vltimo supplicio damnatorum irritabat: etenim talis lex, vel statutum, re ipsa conseruat potestatem testandi antea competentem, cum nullo tempore taliter damnatus intestabilis maneat. Vnde nihil mirum, quod antea conditum testamentum omninò subsistat, nisi mutetur: & ita ob legem 4. Tauri, (quæ nunc est l. 3. tit. 4. lib. 5. nouæ Recopil.) tenuit ibidem Hispanus interpres Tellius, n. 1. quem sequitur Molina, lib. 4. de primog. cap. 11. n. 21. quidquid contrarium consuluerit Parisius, cons. 46. n. 15. lib. 3.

4 Nec obstat † primò, quod d. lex, statutum vel consuetudo, priuilegio illo generali non immutarunt iuris dispositionem circa statum personæ, quæ damnatione ipsa statim seruus pœnæ fit, d. §. irritum. ibi: *Et non tunc cum consumptus est, sed cum sententiam passus est, nam pœna seruus efficitur*; &c. & probauimus sub hoc lib. 2. cap 7. n. 9. ergo testamentum antea factum consecutiuè corruit, d. §. irritum, solumque d. lex, vel statutum, operabitur circa nouam dispositionem. Quia respondetur, quod sicut eadem personæ inhabilitas non impediuit quo minus nouum testamentum fieri possit, ita etiam à fortiori, non impediet quo minus valeat antea factum, cum primordio capacitatis iuuetur, & generalis illa, & absoluta testandi potestas efficiat, vt nullo vnquam tempore testator condemnatus ea caruisset, si ergo semper potuit testari, etiam cū damnabatur, per id etiam temporis stare poterat antea factum testamentum, non enim antea conditum corruit, nisi aliquo medio tempore testator amisisset testamēti factionē.

5 Non obstat † tandem, quod etiam in d. l. si quis filio, §. irritum, vers. nisi forte, ff. de iniusto, rupto, D. Hadrianus militibus ex delicto militari damnatis testari permisit: & tamen ipsorum testamenta antea facta irrita ipso iure fiebant. indigebantque saltem noua, ac nuda voluntatis declaratione. Quia respondetur, propterea id euenire quia priuilegium Hadriani non erat simplex, & generale, quinimmo requirebat vt ipse miles impetraret, cum damnabatur, l. cum hic status, §. si miles, ff. de donat. inter virum & vxor. & insuper requirebatur, quod iudex in sua sententia id concessisset, d. l. si quis in principio, 22. §. 1. ff. de legatis 3. Vigl. in d. §. Hactenus, n. 10. Inst. de milit. testam. Vnde si miles testamenti factionem non impetrasset eo tempore quo damnabatur, & per consequens iudex id in sententia non concessisset, iam amplius cessabat illud priuilegium; immò & quando iudex id concedebat, iam damnatione præcedenti, ex instantanea operatione iuris incapax fuerat factus, & testamentum irritum. Ex quo manifestè colligitur, quod priuilegium Hadriani non erat generale, ac simplex, nec consequenter impediebat iuris dispositionem, sed tantum modificabat; nos verò loquimur de priuilegio simplici, & generali, quod ipso iure conseruat testamenti factionem, aut subito defert, vbi a iure ciuili adimebatur.

6 Ex quibus † inferes declarationem ad Ord. Lusitanam lib. 4. tit. 81. §. 1. vbi indistinctè & generaliter permittitur damnatis vltimo supplicio, vt de tertio bonorum suorum testentur in opera pia: vt videlicet id non solum intelligatur denuo post damnationem testando, sed etiam si antea pie dispositū habuerint id (nisi reuocauerunt) sustineatur, huius nam que piæ dispositionis respectu semper taliter damnatus habuit potestatem testandi, quod iuuatur ex simili interpretatione, quam ad d. l. 4. Tauri, tradidit ibidem Tellius, n. 1. & Molina, d. lib 4. de primog. cap. 11. n. 21.

7 Quoad † secundum verò quæstionis caput, prima facie dicendum videtur, testamentum quidem antea factum irritum esse, nuda tamen & simplici voluntate sustineri, per text. in l. si quis filio, 6 §. irritum, vers. sed & si quis, ff. de iniusto, rupto, ibi: *Et si militari iure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin si voluit id valere, fecisse id credatur*; *&c.*

Probatur deinde ex l. qui liberis, §. qui testamento, ff. de bonorum possess. secund. tab. ibi: *Codicilis, aut alijs literis eodem testamento se mori velle declarauerit*; &c.

Ceterum, contraria sententia immò testamentum antea factum omnino irritum esse, nec nuda voluntate suscitari, verior mihi videtur, & omnino tenenda; quod comprobo ex §. non tamen, Inst. quibus modis testam. infirment. ibi: *Nam si ideo irritum factum sit testamentum*

stamentum, quia ciuitatem, vel libertatem testator amisit, non potest scriptus hæres secundum tabul: possessionem petere; &c. vbi amissa ciuitate, vel libertate, testamentum omninò irritum est, quamuis testator sui iuris decesserit, & cum illo testamento se mori velle declarauerit: aliter cum nulla dubitandi ratio inesset Imperatori, in d. §. non tamen, nec differentia inter casum, quo quis dumtaxat mutat familiam; In specie autem proposita irritum fit testamentum per superuenientem seruitutem pœnæ, d. §. irritum, vers. sed, & si quis, & indulgentia principis, legis, vel statuti, quoad illum effectum, condemnatum alias inhabilem, efficit habilem, & ciuem; ergo de nouo testari debet, nec nuda voluntate antea factum conualescit. Accedit, quia incursa seruitute pœnæ, damnatus statim moritur ciuiliter, (etiam antequam naturaliter extinguatur, vt probauimus) & alius homo, seu non homo est l. ex facto, 18. §. ex facto, il 2. ff. ad S. consf. Trebel. vnde licet ei testari permittatur, antea factum testamentum quasi ab alio factum nuda damnati voluntate non reconualescit; immò de nouo, testari debet.

8 Nec obstat † d. §. irritum, vers. sed & si quis, vbi agitur de milite vlt. supplicio damnato ex militari delicto, cui D. Hadrianus testari permisit; & tamen inquit nuda voluntate antea factum eius testamentum conualescere. Quia respondetur, in illo text. disputari tantum an supposita facultate testandi ab Hadriano militibus damnatis concessa, etiam iure militari testari possint, hoc est, insolenniter. & testari insolenniter posse credit ibidem Vlp. & in l. ex militari, 11. ff. de milit. testam. Ord. Lusitana lib. 4. tit. 83. §. 2. Propterea autem Vlp. dicit, sufficere declarationem voluntatis, se cum priori testamento decedere velentis, quia ad ius militare se refert, de quo in d. l. ex militari, & in princip. Inst. de milit. test. & patet in d. §. irritum, vers. sed & si quis ibi: *Et si militari iure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin si voluit id valere, fecisse id credatur*; &c. in pagano autē, qui testari debet seruatis solennibus ciuilibus, quamuis eidem damnato testari permittatur, nihil tamen de suscitatione antea facti testamenti per nudam voluntatem ab Vlp. deciditur. Immò, dum in milite ex speciali ratione id determinat, contrarium in pagano decidisse videtur, vt de argumento ab speciali testatur Euerard. in top. legal. & hinc est, quod institutio à pagano inutiliter facta, licet tempore mortis vtilis esse possit, amplius non conualescit nuda voluntate, l. si alienum seruum, §. in extraneis, ff. de hæred. instit. cum tamen eadem inutilis institutio, si in aliquo vtilis esse potest, nuda voluntate militis suscitetur, quasi non facta, l. neque enim, vers. si seruus pœnæ, ff. de milit. test.

9 Non obstat † tandem d. §. testamento, (cui etiam consentit Imper. in d. §. non tamen Inst. quibus modis test. iuxta interpretationem Vigl. ibidem, & ea, quæ alibi Deo duce trademus quia respondetur propterea ibi testamentum à patrefamil. factum, quod medio tempore per arrogationem eiusdem irritum factum est, nuda voluntate reconualescente, si sui iuris factus decedas, quia emancipatione soluitur omninò vinculū præcedentis adoptionis, & manet idem, qui antea erat, ciuis Romanus. At damnatus eo tempore, quo eidem testari permittitur, alius est ab eo qui antea testatus fuerat; quod etiam in milite considerat Vlp. in d. §. irritum, vers. sed & si quis, dum requirit nouam licet nudam, militis voluntatem; nam tantumdem operatur noua & nuda militis voluntas, quam solennis pagani testatio, iuxta princip. Inst. de testam. milit.

Ad secundam quæstionem.

An l. si ita stipulatus, §. vltimo de verb. obligat. procedat etiam in vltimis voluntatibus?

10 
Affirmatinè † respondet Bart. in d. §. vltimo, & in l. Titia quæ, ff. eodem tit. in vltima oppositione, aperte dicens, non posse alterum ab altero ad coniugium inter se cōtrahendum spe lucri inuitari, idque tantum posse recipi, quando conditio nuptiarum alicuius tertij personam respicit. Bartolum sequuntur plures quos refert Lusitanus Ægidius in relect. l. Titię centum, ff. de cōd. & demonst. prima parte, n. 66.

Ratio, qua Bart mouetur, ea est, quia talis promissio libidinis intuitu facta præsumitur, atque propterea minus honesta, & contra bonos mores reputatur.

11 Verum † hæc ratio genuina non est, nec bona, illamq; reprobat Ioannes Garcia à Saauedra, in tract. de donat. remuner. nu. 27. in vlt. verbis: nam vbi quis, quæve ad matrimonium inuitatur (licet fateamur aliqualem posse subesse libidinis præsumptionem) id, quod principaliter intenditur, est legitima coniunctio ad indiuiduam vitæ consuetudinem, princip. Inst. de patria potest & de eligenda sibi coniuge, ex qua liberos procreet familiæ subsidium, quam cum debeat habere selectissimam

mam, & per quam optimam, vt suadet Aristotel. lib. 1. Oeconom. talem spe lucri præsumendum est inuitasse, ac per consequens hoc tantum attendi debebat, iuxta regulam L. 1. vers. 1. ff. de autor. tutor.

Deinde contra Bart. sententiam, vltra text. in cap. de illis, extra, de condit. appositis, videtur text. in l. conditionum quæ 91. vers. vt hæc conditio, ff. de cond. & demonstr. ibi, *vt hæc conditio, Titiæ si mihi nupserit; non dubie, nisi viuente testatore*, &c. vbi I. c. Mecianus validam supponit, & adimplendam dicit conditionem si mihi nupserit, lego tibi centum, & hunc text. esse apertum contra Bart. dicit. Ægid. vbi supra.

12 Garcia † à Saauedra vbi supra, agens de interpretatione d. l. si ita stipulatus, §. vlt. inquit propterea ibi non valere stipulationem, quia conferebatur in tempus inhabile, scilicet contracti matrimonij, quo inter coniuges donatio non valet. tit. ff. de dona. inter virum. quod ante eum tenuit gloss. verb. nec uero, in d. §. vlt. mouentur per text. in d. l. quod sponsæ, C. de donat. ante nupt. quæ ratio cum cesset in vltimis voluntatibus, supponunt contrarium in iisdem dicendum. Verum d. interpretatio apta non est, quia in d. §. vlt. non confertur in tempus nuptiarum obligatio seu executio quoad dominium, vt alias exprimebatur, in d. l. quod spōse, sed potius in præsens. Deinde I. c. in d. §. vlt. non damnat stipulationem ob dationem hoc, vel illo tempore faciendam, sed quia ob conditionem nuptiarum facta est, tandem si ratione collationis in tempus inhabilē nō valeret de actu promissio, nō diceret I. c. facile seu non raro dari posse probabilē causam ob quam valeret dicta promissio cū respectu donationis inter coniuges difficilis, & plusquā rara esset causa, quæ sustineret donationem.

13 Ægidius † tandem vbi supra putat faciendam esse differentiam inter vltimas voluntates, & contractus, & ita procedat Caius, in d. §. vlt. & Mecian. in d. l. conditionū quę, vers. t.

Rationem autem differentię constituit doctiss. Ægid. in occasione discordiarum, quas inter coniuges promissionis exactio extraneo; idque comprobat argumento text. in l. 2. ff. de donat. inter virum, & vxor. quod quidem diffidium cessat in legato, vtpote cum illius exactio conferatur post mortem testatoris.

Ceterum hæc differentiæ ratio bona non est: nam in iure non reprobatur ratione rite, ac recte contractæ obligationis inter coniuges exactio, nec in citata l. 2. contrarium probatur: non enim ibi exactio improbatur, sed potius donatio, siue obligatio contracto matrimonio ineunda: eo maximè, quia leges, quę improbarunt promissionē sub conditione nuptiarum inter promittentem, & eam, cumve cui promittitur, non respexere exactionem promissionis, sed ipsammet promissionē. Insuper si ratione discordiarum esset promissio improbata sub conditione, si promittenti nubat, profecto acerbiores poterant euenire, si validum esset legatum sub d. conditione: nam cum possit mutari testamentum, vel legatum adimi, & consequenter vxor se vidisset frauda tam sperato lucro, tunc vix suborirentur maximæ; immò & matrimonia discuterentur.

14 Quapropter † pro vera resolutione aduersus semper improbatum fuisse in iure omne commercij speciemen respectu matrimonij, propter bonos mores: non enim debere esse venalia matrimonia eleganter tradit Cæcilius Africanus, teste Paulo I. c. in l. 2. ff. de don. inter virum. inde cum, si quis promittat aliquid sub conditione alicui, si eidem nupserit, quoddam commercij genus intercedere videretur; etenim promissor pretium quodammodo constituit pro recipienda vxore, & illa, cui promittitur, pretium recipit pro seipsa, quam viro tradit: nihil mirum quod talis promissio improbata fit, d. l. si ita stipulatus, §. vlt. ff. de verb. oblig.

15 Quæ ratio † cum cesset in promissione, quæ fit respectu tertij; quando scilicet promittitur alicui sub conditione si Titiæ nupserit, à qua nihil pretij recipit, nec ipsa ab illo pro iungendis mutuis corporibus, tunc promissio valebit; & ita etiam procedat in vltimis voluntatibus iuxta text. qui sic debet intelligi in l. Titio centum, 71. §. 1. ff. de cond. & demonstr. vt intelligit Bart. in initio quæst. citatus.

16 Prædicta † venalitij matrimonij ratio, & eius prohibitio etiam in supremis iudicijs militat, (vt tenuit Bart. & qui eum sequuntur, licet ducti alio, & quidem falso fundamento, vt diximus) quamuis non ita fortiter, quia pretium illud, quod datur sub specie legati, non est ita securum, immo maximè fallibile propter naturalem reuocabilitatem vltimæ voluntatis, l. 4. ff. de adim. legat. nec etiam datur sub ratione conuentionis, quæ sonat in venditionem, & commercium, sicut apparet in promissione. Quia tamen legatur sub ratione reciproci interesse, iam qualis qualis vertitur venalis matrimonij ratio. Cui sententiæ fauet Vlp. in fragment. tit. 20. §. mutus, surdus, vbi denegat prodigo testamenti factionem, reddens rationem, quod eidem commercium denegatum est; ergo in testamentis species commercij reperitur; quæ ratio licet ad illud testamentum referretur, quod fiebat per æs, & libram, vt innuit Vlp. vbi proxime, adhuc tamen effectus exinde proueniens sustinetur, licet tale testamenti genus abierit: quamuis Cuiac. in d. §. mutus,

mutus,ex alio capite id sustineat.

17 Supposito † igitur, quod decisio I.c. in d. l. si ita stipulatus,§. vlt. ff. de verb. oblig. milit. etiam in supremis iudicijs non obstat iam d.l. conditionum,quæ,vers. 1. non enim Mæcianus ibidem agit de validitate legati sub conditione relicti, si testatori nupserit: sed supposita validitate eiusdem legati, solum agit de tempore quo debet adimpleri d. conditio, vt patet manifestissimè ex illius serie. Constat autem posse, & non raro dari causam, ob quam promissio, & à fortori legatum valeat sub d. conditione, vt inquit d.l. si ita stipulatus,§.vlt. ibi: *Nec raro probabilis causa eiusmodi stipulatio nis est*; &c. qua validitate supposita, procedit vlterius I.c. in d.l. conditionum quæ, vers. 1. de tempore implementi. Colsus itaque proponit regulam, & exceptionem in d. l. si ita stipulatus,§.vlt. & Mæcianus supponit exceptionem in d. l. conditionum, quæ; vers. primo.

18 Vnde † primo infertur, quod si etiam respectu tertij detur eadem ratio; v. g. quando per interpositam personam promissio fit ad fraudãdam legem, tunc etiã non valebit promissio nec legatũ sic declarata d.l. Titio cẽtum,§. 1. ff. de cond. & demonstr. nam ab ipso viro, vel muliere promittente fictè capit, qui, quæ ve per interpositam personam capit, l. si sponsus,5. in princ. ff. de donat. inter virũ, & uxor.

19 Secundo † infertur, prædictam rationem euincere,(licet lucrum illud, quod promittitur debeat acquiri prius, quam matrimonium cõtrahatur) vt adhuc promissio nulla sit: tũ quia illa commercij ratio etiam tunc militat: tum, quia aperiretur via fraudandæ legi, quæ vetat venalia matrimonia, quidquid contradicat Ægidius, vbi supra, n. *68*.

20 Tertio † infertur, validam esse promissionem, & legatum, & consequenter actionem concedendam, si iusta causa subsit, ob quam il lud lucrum non in pretium videatur acceptum v. g. si in dotem detur, vel ratione pacis in de obuenturæ, aut nobilitatis, & similium. Couar. de sponsal. 2. parte, cap. 3. num. 2. & alij, quos referens sequitur Ægidius, vbi supra, num. *66*.

21 Quarto † infertur, dicto capitolo de illis, extra, de condit. appos. esse explicandum iuxta terminos, de quibus supra, quando scilicet subest iusta causa, ob quam debeat valere promissio. Nec referendum est ad casum, in quo lucrum quæratur ante contractum matrimonium, vt voluit Ægidius, vbi supra, numero *68*. quia vltra quam quod hæc cautela iam supra reprobetur, manifestè manet diuinatorius dictus intellectus.

Ad vltima quæstionem.

An ademptio sub conditione, si hæres voluerit; prout liberam voluntatem importat, valeat?

22 ET valere † communniter tenetur, per text. in l. fideicommissa, 11. §. si sic fideicommissum, ff. de leg. 3. quia videlicet talis adẽptio cõuertitur in dationem sub conditione, nisi hæres voluerit, & ita tradit Connan. lib. 10. Comment. iuris. cap. *6*. n. 4. Couar. in cap. cum tibi, n. 8. ad finem, extra, de testament. ita testatur Lusitanus Costa, ex communi sententia, lib. 1. Select. cap. 24. n. *6*. cum seqq. vbi clarè id constituit, ac defendit.

Sed obstat, quia quemadmodum datio legati est vltima voluntas, ita & eiusdem ademptio vltima voluntas est; Atqui vltima voluntas non potest conferri in voluntatem hæredis l. illa institutio, ff. de hæred. instit. l. Senatus,§. legatum, ff. de legatis 1. d.l. fideicommissa,§. quamquam.

Accedit regula l. legata, versic. quibus ex causis, ff. de adim. legatis, vbi deciditur, quod ex quibus causis non valet datio legati, ex ijsdem non valet ademptio. Ex quibus contrariam sentẽtiam tenerunt plurimi in d. vers. qui bus ex causis, & Costa sibi contrarius, eodem lib. 1. select. cap. 21. n. 11.

23 Ceterum † prior opinio verior est, & omnino tenenda. Pro cuius defensione aduerte primò, ademptionem dupliciter fieri posse, vel purè, vel sub conditione, vt est vulgare, iuxta l. quod si, 7. ff. de adimend. legatis, cum alijs, inter quas adimendi formas ea est differentia, quod (licet vtraque sit vltima voluntas) ademptio pura per se separata subsistit, ita vt vel legatũ adimatur, & ipsa valeat. l. 3. §. si quis ita, & §. si Titio, ff. de adim. legat. & passim; vel legatum valeat, & ipsa ademptio corruat, d.l. 3. §. si quis ita, ad finẽ; in qua specie ademptionis militat regula I.c. in l. legata, t 4. vers. quibus ex causis, ff. de adim. legat. vt apparet in exemplis, de quibus ibidem, q uæ licet nonarctent regulam, declarant tamen vbi militet: tunc enim quibus ex causis datio inutilis est, ex ijsdem ademptio inutilis est, cum vtrinque detur par ratio. licet Costa d. capitulo 21. numero 11. & d. cap. 24. n. 7. eam regulam generaliter intelligat. Quod quidem semper

verum

verum erit, quotiescunq; ademptio per se subsistit, separata à datione, nec cum datione commiscetur, eamque qualificat, vt inferius patebit in ademptione conditionali. Nec exemplum differentiæ, quod ex communi sententia refert Costa d. cap. 24 n. 8. aliquid euincit: nam eo casu, quo legatum conuicij verbis relictum, non valet, scilicet, quando aliàs non constat de corpore legatarij, vt notatur per text. ibi, in l. quoties. 9. §. si quis nomen, ff. de hæred. instit. in eodem casu, quo ademptio verbis conuicij fit, nullius est momenti; quando videlicet non constat de corpore eius, cui adimitur. Vtrobique tamen, si de corpore constat, valet datio, vel ademptio.

24 Ademptio † verò conditionalis in eo differt à pura, quod per se nunqam separata existat, sed statim commiscetur cum datione; adeo vt magis modificatio illius præcedentis dispositionis maneat, quam particularis, & distincta dispositio, vt probat Iulianus in l. legatum, 10. ff. de adim. legatis ibi: *Nam legatum, cum sub conditione adimitur, perinde est ac si sub contraria conditione datum fuisset*; &c. Menchacha, de success. progres. in præfat. n. 89. Mantica, de coniect. vlt. vol. lib. 3. tit. 17. num. 1. vnde inferunt, quod licet dispositio non possit induci per verba conditionalia, & negatiua, inducta tamen dispositio per eadem verba, modificari potest, quasi ademptio nihil aliud sit, quam modificatio præcedentis dationis. Constat igitur ex mente I. c. in d. l. legatum, quod conditionalis ademptio est qualitas quædam inhærens dationi, cum remaneat in datione tamquam simplex conditio, vt patet ibi: *Sub contraria conditione datum*, &c. ac per consequens esse regulandam secundùm actum dationis, in quem conuersa est, à contrario sensu. Exemplum autem conuersionis assignari potest in conditione, v. g. si nauis ex Asia uenerit: nam apposita ademptioni, efficit, vt datio intelligatur facta, si nauis ex Asia non uenerit, & sic de alijs.

25 Deinde † aduertendum est, ultimam uoluntatem non posse conferri inhæredis, uel alienam uoluntatem liberam, ut comprobant supra relata in initio iura; quod tamen recipit declarationem (inter alias) ut uidelicet non procedat, quando non actus substantia, & ualiditas, sed potius resolutio in d. uoluntatem liberam confertur, ut magistraliter docet Vlpianus in l. fideicommissa, 11. §. si sic, ff. de legatis 3. Costa, d. cap. 24. à nu. 4. & est vbique receptum.

26 Quibus † præmissis, iam patet veritas propositæ sententiæ: nam propterea valet ademptio sub conditione, si hæres voluerit, quia ademptio conditionalis non subsistit per se, sed statim ipso iure conuertitur & commiscetur cum datione, vt patet ex d. l. legatum, 10. vt supra exposuimus; & ita commiscetur cum datione, vt conditio, quam antea habebat, non eodem modo dationi insit, sed potius contraria, seu cōuersa, d. l. legatum, ibi: *Sub contraria*; ac per consequens, vt supra diximus, manet in datione totus ille actus ademptionis conditionalis, tanquam sola quædam conditio contraria. Atque ita ademptum sub conditione, *si hæres voluerit*, conuertitur in datum sub conditione, *nisi hæres uoluerit*, quæ est conditio contraria: nam quod est voluntas in ademptione, est non contradictio in datione legati; ita tamen variatur conditio in datione, in quam conuertitur ademptio conditionalis, vt vbique posita non sit contraria voluntati defuncti, immo semper eadem; & ideo sicut conditio, *si hæres voluerit*, in ademptione tunc operatur, quando hæres non vult præstare legatum: ita conditio, *nisi hæres voluerit*, tunc impedit debitionem legati, quando hæres non vult præstare legatum, & tamdiu valet dispositio testamentaria quamdiu hæres non exprimit voluntatem contrariam dationi, vt v. g. si furiosus fiat, vel aliàs decedat non declarata voluntate, vt tetigit Costa, d. cap. 24. n. 4.

27 Nec iam † obstant supra in contratium adducta: nam primum dissoluitur ex ijs, quæ secundo loco præmisimus; quia non omnis vltima voluntas collata in alienum arbitrium, vitiosa est: sed quando quoad substantiam confertur, & ideo si resolutio actus committatur alienæ voluntati, valet, vt probauimus: cum autem in nostris terminis post conuersionem ademptionis conditionalis in dationem sub contraria conditione, in voluntate hæredis maneat dumtaxat resolutio, & contradictio; nihil mirum quod valeat ademptio prædicto modo facta, d. l. fideicommissa, 11. §. si sic.

28 Non obstat † secundum: nam ex ijs, quæ in primo loco premisimus, satisfit: loquitur enim in ademptione per se subsistente; vnde si possibile foret, vt ademptio conditionalis v. g. *si hæres voluerit*, potuisset per se subsistere absque conuersione in dationem sub contraria, profecto non valuisset colata in hæredis voluntatem: sed cum ademptio conditionalis statim & ipso iure conuertatur: non conditio in ademptione, sed conditio in datione inspici debet.

FINIS.

INDEX NOTABILIVM,

quæ in hoc opere continentur.

A

INDEX.

Calebs

INDEX.

C

parit

tur

Gene-

hæres

iuris-

INDEX.

Liber

INDEX.

N

Nomi-

INDEX.

Senten-

INDEX:

Spattandi

T

Testandi

INDEX.

V

INDEX.

Laus Deo Opt. Maximo.



Notula Erratorum.

Pag.	col.	ver.	error	correctio
2	1	11	ficut ad	ficut &
	2	21	priatur	patitur
3	1	14	depofitio	difpofitio
5	1	54	leger	adfcribat.
8	1	49	peruenire	peruenère
12	1	24	alius	aliàs
13	2	36	nec	nee
		48	directum	directam.
15	1	18	cumq;	eumq;
16	2	49	cæperet	cæperat
		34	cuiq;	quiq;
17	2	17	po-	pofte-
18	1	2	quantæ	quartæ
		5	fuppor-	fuppu-
		17	tandem	tantundem
		37	æqualis	æquales
	2	8	potius	partis
19	1	27	fructum	fructuum
		32	interiorem	anteriorem
21	1	11	120	12.
22	1	27	vinctum	vinetum
		48	erunt	erant
	2	15	oftendunt	offendunt
23	1	21	cócurrétis	concurrentes
		25	naturam	naturalem
26	1	38	colligendo	colligendorũ
28	2	28	quod	
		37	puris	iuris
	2	53	eft	ex
29	1	39	propofita	propofitæ
	2	3	cus	-cas
		52	-s	ex
30	1	51	vir	vlt.
	2	57	s.	vt.
31	1	8	à	&.
			tum	
		42	ge-	ger-
		43	mine	manè
32	2	12	inftant	notant
33	2	19	cõturbatio	contributio
34	1	55	qua relicti	quæ relicta
	2	3	pecuniarũ	pecuniam
35	1	35	certent	certet
	2	34	il l.	in l.
		51	quoad	quod
36	1	37	calliditate	calliditati
38	2	54	remittente	renitente
39	1	10	fucceflorẽ	fucceffionem
	2	7	diuifio	decifio
40	1	16	illam dñs	illã quam dñs
41	1	1	accepit	accepto
		34	-rent	-runt
	2	15	cius	caufam
42	1	27	eodem	eadem
	2	22	hæreditatẽ	l.hæreditatẽ
		24	penult.	antepenult.
		32	-ceps	-cipes
43	1	53	omittẽtum	omittentem
44	1	32	hoc	
		33	illa	ille
	2	vlt	teftatur	teftator
45	1	47	fucceflorũ	fucceflorem
	2	19	eft	è
		49	fequentes	confequens
46	1	42	prçuentres	præuentus
	2	29	filiæ	filia
47	2	10	illufionis	collufionis

Pag.	col.	ver.	error	correctio
		18	iure	in præ-
		19	quoad (ne	quod
9	1	54	proteftatio	præftatione
		32	quare	quale
53	1	42	generis	generalis
55	2	17	corporis	corpore
57	1	51	optat	optata
59	1	3	reliquorũ	reliquarum
60	1	31	fecũdum fi	fecũdũ quæfi
62	2	2	teftamento	teftamentum
		5	folo	toto
		7	quam	quà
		8	militia	milita-
63	1	2	illi	illis
		2	&c.	verf.
		vlt	fe	ac
64	1	26	deffidiffet	deceffiffet
		39	patre	patri
	2	17	& ad	ff. ad
68	2	43	albi	alibi
70	1	3	pofitionem	petitionem
		14	incaparum	incapax
71	1	53	volta	vota
72	1	50	admittant	adimant
76	2	50	lucium	luctum
			vt	at
78	1	53	forto	feito
	2	35	quam	qui
81	2	49	retineri	retinere
83	1	54	pendat	pendeat (tur
	2	41	de loquitur	de qua loqui-
84	2	22	dem	dum
85	1	vlt	et	vt
	2	53	obligato	obligatio
86	2	5	quando (cã	quanto
87	2	11	Trebelliani	Trebellianũ
		34	indicis	iudicio
		41	vbiq;	vtiq;
		52	teftatur	teftator
89	1	31	putet	patet
		52	libros	liberos
91	1	3	fe	ft
		23	nota (mus	notæ
92	1	18	enudeabi-	enucleabim⁹
		47	nutant	notant
		55	candi	cando
	2	1	affignãdus	affignandis
94	2	54	remante	remanente
95	1	52	rite	recte
	2	16	violentis	volentis
		29	volebit	valebit
96	1	26	tempore	emptore
		54	legati	legali
	2	25	liberrorum	libertorũ, nõ
		29	humani	humanitatis
98	2	29	pas	pay
101	1	29	menfura	manfura
	2	6	fecerit	fuerit
		48	perfonarũ	perfonas
		50	qua	quæ
102	1	29	hæredis	hæredes
	2	7	noftram	noftrum
103	2	41	illius etiam	illi⁹ decifio ẽt
105	2	24	meres	mores
107	2	11	factorum	facturum
108	1	51	matito	merito
109	1	50	fpeciali	fpeciale

Pag.	col.	ver.	error	correctio
	2	14	hæredes	hæredis
		18	hæredes	hæredis
		25	quinto	primo
111	1	34	legatarius	legaturus
		vlt	ilitis	aliter
	2	33	æqunis	æquius
117	2	43	præcedere	procedere
118	1	56	effe	effet
119	1	49	effecit	olfecit
		50	§.de legatis	ff.de legatis
	2	5	pofthumt	pofthumus
120	2	13	facto	factio
121	2	6	præftare	præftaret
122	2	25	differentia	differentiæ
124	2	26	fecundus	fecus
125	2	7	putanit	putatiui
		24	aditetus	adiretur
126	2	22	iuffe	iuffu
127	2	32	efferunt	afferunt
128	2	14	& quibus	ex quibus
		38	opere	operæ
130	2	3	l.4. aditio	l.aditio
132	2	23	adhibetur	redhibetur
134	2	6	-taris	-tates
136	1	40	quo	qua
137	1	41	impro-	impu-
	2	8	patet	putet
		22	adbit	adibit
140	2	53	verbo	ui
		47	cogni-	agni-
142	1	45	reparatio	feparatio
	2	54	fecundum	fecundam
144	1	43	impuberis	impuberi
	2	9	reparatio	feparatio
		39	tuus	fuus
145	2	45	eft	-) eft
146	1	51	alijs	ab alijs
147	1	34	his	is
		2	&	ex
149	1	27	pofitionẽ	portionem
	2	36	à verf.	d.verf.
151	1	9	poteti (nẽ	poterit
153	1	53	inftitutio-	inftitutionũ
	2	39	raptum	ruptum
154	2	2	egrediatur	regrediatur
		47	in templa	ex templo
156	1	47	præfertim	præteritum
		39	communi	communis
157	2	13	captu	capra
		42	l.2.	l.3.
160	2	57	quia (fet	qua
161	2	20	manumif-	manumiffet
167	1	33	cõtrouerfi	controuerti
172	1	23	rati	rari
		31	ex miffioni	miffioni ex
174	2	1	Padilia	Padiha
		27	fcholis	fcholijs
175	2	49	glof.	Iaf.
177	1	2	domini	dominis
184	1	5	obliquo	aliquo
		50	permut.	permeet
185	2	23	vb	ob.
		37	funt	funt cafus in quibus fenten tiæ nullæ fũt,
		28	ipforum	ipfarum
		43	condẽnato	condemnatio

Pag.	col.	ver.	error	correctio
186	2	40	sen-	censen-
187	1	10	ip sorum	ipsarum
288	1	4	proba-	prola-
		20	fuerant	ferant
189	1	4	patebat	petebat
		21	index	iudex
190	1	3	iudicium	iudicum
	2	56	legem	legum
191	1	39	legitimis iutorib.	legibus
192	1	7	pręhabitus	præhabitis
	2	9	autē quod	quod autem
193	2	22	ad obligan dum	ad deobligan dum
194	1	19	dubitatiuis	dubitatiue
	2	14	l. Titio	l. auia, §. Titio
196	1	41	operatur	speratur
197	1	5	nostras	nostra
		13	testatur	testator
		49	&c.	et
	2	7	Marcellæ	Miscellæ
		25	eadem	eandem
		34	metito	merito
		51	relictus	relictis
199	1	vlt	procedere	præcedere
201	2	9	eam	iam
202	1	8	aduerso	aduerto
204	2	9	vtroq;	vnoquoq;
		42	bonæ	apud bonæ
206	1	25	sic	hic
	2	26	dictractus	distractus
208	1	36	suppositū	suprapositam
	2	5	incepta	inepta
		39	nec	ne
209	1	18	absurdus	absurdius
		27	peritus	partus
213	2	48	ne	nec
215	1	vlt	obesse	obesset
	2	26	verba	verbo
		55	quo	quod
216	1	11	necessario	necessaria
217	2	39	efficir	officit
219	1	10	vigorem	rigorem
		46	integra	integrum
	2	28	hærens	hæres
20	1	14	pecorum	pecorum
	2	27	pupillis gallinorū	pullis gallinarum
		32	incumbuit	incubuit
		33	incubere	incubare
		54	fluitas	fluitans
221		26	quin suum	quin lac suum
225	2	48	tationem	orationem

Pag.	col.	ver.	error	correctio
230	1	40	oblata	ablata
	2	19	maxime	minime
232	2	54	mulier	melior
244	1	50	& hære-	exhære-
237	2	39	ter	tor
238	1	35	te	tur
239	1	27	quia	qua
240	1	44	aduerso	aduerto
	2	19	quia non agebat	quia agebat
241	2	17	&	ex
245	2	20	solationem	solutionem
247	2	11	&	ex
248	1	7	vbi	ibi
	2	44	cessent	essent
249	2	14	concedittus	conceditur
253	1	52	lib.	lib.2.
256	1	3	stipulante	stipul. ante
257	1	2	multis	multi
259	1	17	atq;	atq; ita
263	1	54	id	idem
	2	21	vsua	vsa
264	1	27	substiteret	subsisteret
	2	42	mandarij	mandatarij
267	1	22	pre-	primo re-
		35	stipulatio- nem	stipulatorem
	2	41	ijsdem	ijdem
268	2	51	dicta legæ	dictæ legis
271	1	8	cui	qui,
272	1	29	passi	passi non
273	2	1	lo-	non lo-
276	2	18	suffici	sufficit
		23	ideq;	idq;
280	1	54	defunctis	defuncti
283	2	10	leuandi	lucrandi
292	2	42	ob	ab
293	1	28	testamen- taria	testamenta- rios
		27	iuuen-	inuen-
295	2	39	tabul.	tabul. confir mari
299	2	4	timorum	timarum
		23	gentium	ciuilis
302	1	56	quodāmo- do	quomodo
	2	32	erueanda	eruenda
303	2	22	primum	pomum
304	1	2	feta	fata
	2	32	nequeat	queat
		49	in ra	in ea
305	1	17	destrueres	destruere
306	1	14	ponum	pomum

Pag.	col.	ver.	error	correctio
307	1	1	superficia- num	superficia- rium
	2	9	expiciatur	excipiatur
312	1	34	vt	
313	2	23	quoad	quoad hoc
		vlt	§. 92.	91.
316	1	20	filius	alius
317	1	25	vigore	rigore
318	1	28	quam	quem
320	1	43	pactus	pacto
321	1	47	fideiussore	fideiussor
324	1	45	oblatæ	ablatæ
	2	17	feret	foret
325	2	37	efficir	non efficit
329	1	46	ista	iste
330	1	2	constat	constet
332	1	42	sed	id
333	1	47	rerum op- ponuntur	eius, quod p- prium est te statoris, sed ad differen- tiam seruo- rum appo- nuntur.
	2	43	na-	nu-
334	2	5	huc respon sioni	hac respon- sione
		7	dispone	dispositione
		32	vni.	vno
336	2	26	nouioris	nouioribus.
340	1	13	plaonit	placuit
341	2	31	quidem	quidam
343	1	vlt	ē	est
345	2	21	vt	vl
348	1	26	manifestā	manifestum
		pē.	Pauli.	Paulus.
349	1	8	Io.	Iul.
		27	vsu	vsa
		vlt	quod	que
351	2	3	-nis	-nibus
353	1	19	vberius	verius.
		vlt	querela	querelæ.
357	1	7	cum	enim
	2	2	non	nouè
		10	reconuale- scente	reconualesce- re
358	1	46	extraneo	excitaret,
	2	10	vix	vixæ
359	1	17	Colsus	Celsus
	2	12	volue-	nolue-
360	2	25	voluerit	noluerit.

Minutiora errata consulto omisimus.

